

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**INFILTRAÇÃO POLICIAL EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: OS LIMITES DA
OBTENÇÃO DA PROVA PELO AGENTE INFILTRADO**

CAROLINE PEREIRA BARRETO DE OLIVEIRA

Rio de Janeiro
2019 / 1º Semestre

CAROLINE PEREIRA BARRETO DE OLIVEIRA

**INFILTRAÇÃO POLICIAL EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: OS LIMITES DA
OBTENÇÃO DE PROVA PELO AGENTE INFILTRADO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau em bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Mestre Natália Lucero Frias Tavares**.

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

O48i Oliveira, Caroline Pereira Barreto
 Infiltração Policial em Organizações Criminosas:
Os limites da obtenção de prova pelo agente
infiltrado / Caroline Pereira Barreto Oliveira. --
Rio de Janeiro, 2019.
 76 f.

 Orientadora: Natália Lucero Frias Tavares.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

 1. Processo Penal . 2. Legislação Especial Penal.
3. Organização Criminosa. 4. Infiltração Policial. 5.
Direito Penal. I. Tavares, Natália Lucero Frias,
orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

CAROLINE PEREIRA BARRETO DE OLIVEIRA

**INFILTRAÇÃO POLICIAL EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: O LIMITE DA
OBTENÇÃO DA PROVA PELO AGENTE INFILTRADO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da
graduação em Direito da Universidade Federal do Rio
de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau
em bacharel em Direito, sob a orientação da
Professora Mestre Natália Lucero Frias Tavares.

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me permitir ter saúde e força de vontade para chegar até aqui. À minha mãe, Ana Maria, por sempre estar presente no acompanhamento dos meus estudos, ter me incentivado a nunca desistir e sempre ter feito tudo que estava ao seu alcance para eu poder me manter na faculdade. Ao meu pai, Carlos Lopes, por jamais me desamparar e por também fazer todo esforço do mundo, inclusive financeiramente, quando se tratou dos meus estudos. À minha vó, Dona Nina, por desde criança embarcar nos meus sonhos de conquistar o mundo. Ao meu padrinho, Sidnei, por sempre acreditar em mim. Aos meus amigos da FND, em especial, Giulia Valente, Denise Cruz e Gabriela Tenório, por ao longo da faculdade segurarem todas as barras e desesperos junto comigo. Aos meus amigos da vida, por sempre darem força aos meus sonhos. Ao meu companheiro Pablo, por todo incentivo e apoio na minha caminhada.

Agradeço ainda a todos meus professores da Faculdade Nacional de Direito, por transmitirem tão bem seus ensinamentos. Agradeço à minha orientadora, Natália Lucero, pela paciência e pelo acompanhamento durante essa monografia.

E, por fim, agradeço a toda galera de todos os estágios por onde passei, nos quais as experiências e trocas me trouxeram grande evolução como operadora do direito.

RESUMO

A presente monografia trata do tema da infiltração de agentes da Lei n.º 12.850/2013 como meio de obtenção de prova e os limites que o agente infiltrado possui para a colheita de provas durante a investigação. Aborda de uma perspectiva histórica e legal sobre a necessidade da criação de uma lei para combate das organizações criminosas. Adentra na explicação do que é a figura do agente infiltrado e dos requisitos legais para a infiltração, bem como discute a possível violação de princípios constitucionais pela técnica da infiltração. Por fim, diante de uma perspectiva constitucional e garantista, se aborda através da doutrina os limites que o agente possui durante a infiltração policial para colheita de prova, complementando com uma breve análise jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal; Legislação Especial Penal; Processo Penal; Organização Criminosa; Infiltração Policial.

ABSTRACT

The matter of this monograph argue about undercover agents of the Law number 12.850/2013 as a means of obtaining evidence and analyses the limits that the undercover agent has to collect proof that could be used as an evidence by the court during the investigation. From legal and historical perspective, this monograph studies about the need to create a law to prevent and fight criminal organization. On the one hand, the research explains what is and how to become an undercover agent in Brazil including legal requirements. Whereas, discuss about if there are any kind of violation of constitutional principles when undercover agent are requested. Finally, from a constitutional and guarantor perspective, this project studies how far an undercover agent can go to obtain proof focusing in what the doctrine and jurisprudential point out about that limits.

KEYWORDS

Criminal Law; Special Criminal Law; Criminal proceedings; Criminal Organization; Police Infiltration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA	11
1.1. Origem e desenvolvimento.....	12
1.2. Breve conceituação legislativa.....	16
1.3. Da Lei de Organizações Criminosas – Lei 12.850/2013.....	19
1.4. Meios de produção de prova na Lei 12.850/2013	22
2. INFILTRAÇÃO POLICIAL NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA.....	26
2.1. Requisitos para infiltração policial	29
2.2. Do agente infiltrado.....	32
2.2.1. Conceito de agente infiltrado.....	34
2.2.3. Agente provocado vs. Agente infiltrado.....	40
2.2.4. Técnica do agente infiltrado e a violação dos princípios da ampla defesa, contraditório e direito ao silêncio	42
3. DOS LIMITES DA ATUAÇÃO DO AGENTE NA PRODUÇÃO DE PROVA DURANTE A INFILTRAÇÃO POLICIAL	45
3.1. Do limite da obtenção de provas pelo agente infiltrado	47
3.1.1. Das provas ilícitas	49
3.1.2. Valor probatório das provas colhidas.....	52
3.1.3. Aplicação do princípio da proporcionalidade	54
3.2. A infiltração policial e provas colhidas à luz da Constituição Federal	58
3.3. Responsabilidade penal do agente infiltrado	60
3.4. Análise jurisprudencial.....	63
3.4.1. Nulidade da infiltração de agentes	63
3.4.2. Infiltração policial x Investigação policial.....	65
3.4.3. Prova provocada pelo agente infiltrado.....	67
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	73

INTRODUÇÃO

As organizações criminosas são mecanismos importantes de fomentação da prática de crimes e aumento de criminalidade por todo mundo. Diante disso se questionou a necessidade de se ter medidas de combate diferentes para lidar com a questão, uma vez que as existentes se mostraram ineficazes. Com isso, sob a lógica que o Estado necessitava de mecanismos especiais para coibir o crescimento e perpetuação dessas organizações, no Brasil, a Lei n.º 12.850/2013 foi editada com objetivo de dar um tratamento jurídico especial, trazendo novos mecanismos e técnicas, dentre deles a infiltração policial como meio de obtenção de prova.

A infiltração policial é uma medida excepcional adotada como meio de prova contra esse tipo de quadrilha bem organizada e estruturada, com o objetivo de conseguir dismantelar e punir os responsáveis pelas práticas infracionais.

O presente objeto de estudo desse trabalho é infiltração policial no âmbito da Lei n.º 12.850/2013 e a busca de quais são os limites constitucionais e infraconstitucionais que a infiltração do agente policial deve ter durante a obtenção das provas no curso da infiltração.

A adoção da técnica pela Lei n.º 12.850/2013, trouxe um debate doutrinário sobre a constitucionalidade da infiltração policial, a validade das provas colhidas pelo agente e quais os limites legais que deve possuir a infiltração. Por conta da lógica de que o Estado possuir o dever de respeitar direitos fundamentais dos cidadãos, a escolha do tema foi tentar descobrir se a técnica da infiltração pode ser utilizada sem ferir direitos fundamentais, se adequando a uma leitura constitucionalizadora do direito processual penal.

Assim, o objetivo do trabalho é propor a discussão os limites de produção de provas obtidas através da infiltração policial; a validade das provas ilícitas colhidas no âmbito da infiltração; a responsabilidade do agente infiltrado; existência de atos ilícitos para obtenção de provas e o respeito aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais.

A metodologia utilizada será com enfoque em pesquisa bibliográfica, através da utilização de doutrina, legislação e análise de jurisprudência acerca do tema da infiltração policial, se buscando trazer as discussões sobre tema, procurando identificar e esclarecer os efeitos do uso da ferramenta de infiltração policial como meio de obtenção de prova.

Utilizando-se de autores com diversos posicionamentos, como Guilherme de Souza Nucci, Aury Lopes Jr., Eugênio Pacelli, Renato Brasileiro de Lima e outros, irá se proceder a uma análise e reflexão crítica sobre o tema.

Inicialmente, irá se abordar de uma perspectiva história e da evolução da legislação do tema de organização criminosa, buscando esmiucar o surgimento desse tipo de quadrilha tão bem organizado altamente lesiva a sociedade e explicar a necessidade da evolução legislativa até o advento da Lei n.º 12.850/2013, terminando com a explicação dos meios de obtenção de prova inovadores que a mesma introduziu em nosso ordenamento jurídico.

No segundo momento irá se abordar os requisitos para que a infiltração policial seja autorizada e o porquê da necessidade desses requisitos. Em seguida, ao falar da figura do agente infiltrado, se trará quais os direitos e deveres, buscando analisar a compatibilidade de suas ações com princípios e garantias fundamentais.

Por fim, diante de uma profunda análise doutrinária se buscará entender qual o limite da produção de prova pelo agente infiltrado, discutindo-se o valor e licitude das provas colhidas e a responsabilidade do agente por práticas delitivas durante a infiltração, fazendo sempre um paralelo com a nossa Constituição. Ao final, com uma breve pesquisa jurisprudencial veremos a aplicação de todo exposto durante o trabalho.

1. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Com a evolução da humanidade, a modernização dos meios de comunicação, dos meios de transporte e do processamento de dados, as reuniões de diversas pessoas para cometimento de crimes¹, antes tratadas como quadrilha, passaram a ter um alto nível de organização com divisão de tarefas e estabelecimento de papéis, fazendo com que as organizações criminosas sejam um dos maiores problemas mundiais do século XXI.

O conceito do que seria uma organização criminosa não é pacífico na doutrina, há uma concordância que cada organização se constitui de uma maneira, não podendo adotar um só conceito para tipificá-las.

O autor Guilherme de Souza Nucci² salienta a relevância de uma conceituação sobre o que são as organizações criminosas, pois foi criado um tipo penal para punir os seus integrantes, com isso, se faz necessária a conceituação para dar o direcionamento à aplicação da lei.

Entretanto, Zaffaroni critica esse apontamento de uma parte da doutrina da necessidade de conceituação do crime organizado, sustentando que o crime organizado como nos conhecemos é algo do nosso século:

“[...] O *organized crime* como tentativa de categorização é um fenômeno de nosso século e de pouco vale que os autores se percam em descobrir seus pretensos precedentes históricos, mesmo remotos, porque entram em contradição com as próprias premissas classificatórias. É absolutamente inútil buscar o crime organizado na Antiguidade, na Idade Média, na Ásia ou na China, na pirataria etc., porque isso não faz mais que indicar que se há olvidado uma ou mais características em que se pretende fundar a categoria [...]”³.

Existem ainda autores que negam a existência do crime organizado, sustentando através da teoria do mito, que as organizações criminosas são fruto de uma invenção, principalmente americana, na incessante busca de proteção contra o inimigo oculto, cujo real objetivo é

¹ JORGE, Gerson Mendes. *A infiltração Policial no Seio das Organizações Criminosas*. 2018. 78 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Pg. 12.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pg. 14.

³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Crime Organizado: uma categorização frustrada*. In: Discursos sediciosos, a. 1, v. 1, Rio de Janeiro, 1996. Pg. 46.

derrubar a hegemonia da potência mundial⁴. Para eles, o combate à organização criminosa é adoção de um Direito Penal do Inimigo.

O autor Marlon Souza, no sentido de crítica a teoria do mito, sustenta que:

“[...] o crime organizado, assim como todas as práticas sociais, evoluíram desde sua origem remota na Antiguidade, apresentando-se como um dado concreto na sociedade global do início do século XXI, devendo receber o tratamento social e jurídico adequado. Por outro lado, apenas afirmar a inexistência do crime organizado não resolve problema algum, sendo preciso identificá-lo e buscar uma conceituação adequada para se propiciar a persecução penal diferenciada para esta modalidade de manifestação do comportamento desviante. Contudo, esta busca jamais poderá se afastar do dever de respeito às garantias processuais, limitadoras do poder punitivo estatal, vigentes no Estado Democrático de Direito, previstas na Constituição de 1988⁵.”

Portanto, para maioria da doutrina e dos legisladores, a problemática do avanço da criminalidade através de organizações, faz com que seja necessária a criação de legislação que crie um novo tipo jurídico adequado. Sendo assim, conseqüentemente, é necessário se determine em que consiste uma organização criminosa.

Nucci⁶ sustenta que a etimologia do termo organização “evidencia uma estrutura ou um conjunto de partes ou elementos, devidamente ordenado e disposto em bases previamente acertadas, funcionando sempre com um ritmo e uma frequência ponderáveis no cenário prático”.

Com base nisso, uma definição do que seria uma Organização Criminosa, Guilherme Nucci, trouxe o seguinte conceito:

“[...] A organização criminosa é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes⁷.”

1.1. Origem e desenvolvimento

⁴ SOUZA, Marlon. *Organização Criminosa e Infiltração Policial*: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo, Atlas, 2015. Pg. 5.

⁵ Idem. Pg. 8.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pg. 14.

⁷ Idem. Pg. 14.

É muito difícil, segundo os autores estudados, que seja determinado quando surgiu na história da humanidade a primeira organização criminosa.

Alguns autores citam como exemplos embrionários de um crime organizado, o criminoso Barrabás, que vivia na época de Jesus Cristo roubando em bando; falam de contos e lendas como as de Robin Hood e Ali Baba que possuíam bandos que roubavam dos ricos para dar aos pobres⁸.

Em uma contextualização histórica, pode-se dizer que o princípio das organizações criminosas eram grupos que se associavam com objetivos políticos, para conspirarem, durante a Antiguidade greco-romana⁹.

De uma maneira mais concreta, a maioria da doutrina aponta a origem das organizações criminosas, entre os séculos XVI e XVII, com o surgimento das Máfias Italianas, uma das mais famosas do mundo, altamente abordada em filmes e livros; a conhecida máfia Yakuza Japonesa e as Tríades Chinesas¹⁰.

Em termos históricos o surgimento do crime organizado é restringindo a normalmente contar história de surgimentos de quadrilhas ou bandos específicos, e não se fazendo uma linha cronológica do surgimento da primeira organização criminosa até os dias de hoje, pois seria impossível de se fazer essa categorização¹¹.

Porém, não se pode ignorar que todas as máfias ou bandos, principalmente a Máfia Italiana, a Tríade Chinesa e a Yakuza Japonesa, deram direta ou indiretamente contribuição para a evolução da criminalidade de maneira mais organizada.

A Máfia Italiana, considerada um berço da organização criminosa, para maioria dos historiadores, teria surgido no século XVII, no meio de tensos conflitos entre camponeses e proprietários de terras no fim do período feudal, era inicialmente um movimento de

⁸ VELLOSO, Renato Ribeiro. *O crime Organizado*. 2004. <disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI7990,11049-O+crime+organizado>>.

⁹ FERNANDES, Welington Henriques. *Considerações acerca da possibilidade da infiltração policial como meio de prova ante a criminalidade organizada*. Conteúdo Jurídico, Brasília, DF: 26 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42188&seo=1>>. Acesso em: 24 jun. 2019. Pg. 13.

¹⁰ JORGE, Gerson Mendes. *A infiltração Policial no Seio das Organizações Criminosas*. 2018. 78 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Pg. 14.

¹¹ Idem. Pg. 14.

resistência. Ela se constitui, até os dias atuais, por grandes organizações, sendo as mais conhecidas: Cosa Nostra, Na'drangheta, Camorra e Sacra Corona Unita¹².

As Tríades Chinesas surgiram no século XVII, inicialmente como perseguidos políticos da Dinastia Ming, passando a se dedicar com tempo a atividades delituosas, como exploração da heroína. A sua estrutura é rudimentar e baseasse em graus hierárquicos bem definidos¹³.

Já a Yakuza Japonesa, também surgiu nos tempos feudais japoneses, tendo sua origem como o século XVIII, nascida após uma crise de desemprego de samurais, se desenvolvendo a partir de exploração de cassinos, prostituição, tráfico de mulheres, drogas e armas. Eles possuem um código interno, muito respeitado por todos os membros, que estabelece grau de lideranças dentro da organização e punições para quem não seguir o regimento¹⁴.

Essas primeiras associações não foram constituídas inicialmente com o objetivo de cometer atividades ilegais, a maioria nasceu de movimentos populares, que posteriormente passaram a se dedicar a atividades ilícitas.

Ao redor do mundo, de forma mais recente, durante o período de 1920 e 1930, há o desenvolvimento nos Estados Unidos, durante o período popularmente conhecido como “lei seca”, de gangues que seguiram a organização da Cosa Nostra, que tem origem na máfia italiana¹⁵.

Na América do sul, podemos citar como exemplo de crime organizado, os Cartéis Colombianos, principalmente localizados na cidade de Medellín e Cali, responsável pela comercialização de drogas.

No Brasil, podemos dizer que uma forma de organização criminosa embrionária e expressiva de um crime organizado, se deu no movimento do Cangaço, com o bando de Lampião, que atuava no sertão do Brasil praticando crimes, e possuíam uma organização

¹² JORGE, Gerson Mendes. A infiltração Policial no Seio das Organizações Criminosas. 2018. 78 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Pg. 14.

¹³ Idem. Pg. 14.

¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2ª edição. Salvador: Editoria Juspodivim, 2014. Pg. 473.

¹⁵ MARTINS, Priscila Maria Alcântara. *Infiltração Policial em Organizações Criminosas*. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba. 2010. Pg. 23.

hierárquica. Posteriormente, no começo do século XX, a prática do jogo do bicho foi explorada por grupos organizados estruturalmente¹⁶.

Em meio ao caos político vivenciado no Brasil, as organizações criminosas mais expressivas atualmente, nasceram dentro dos presídios, como é o caso do Comando Vermelho (CV), no Rio de Janeiro, na década de 70 e o caso do Primeiro Comando da Capital (PCC), que surgiu na década de 90 em São Paulo, sendo ambos, atualmente, responsáveis pela movimentação massiva do tráfico de drogas nessas cidades¹⁷.

No Brasil, a política penal adotada no final do século XX até hoje, que leva a política de encarceramento como resposta para os problemas, facilitou que as organizações se desenvolvessem de maneira rápida e estruturada, corrompendo até mesmo a polícia.

Atualmente, a organização criminosa vem sendo enfrentada pela famosa operação “Lava Jato”, que investiga diversas práticas por parte de políticos e doleiros de crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e participação em organizações criminosas como parte de um grande esquema criminoso que envolve a Petrobras e grandes empreiteiras.

No Rio de Janeiro, em especial, surgiram grupos paramilitares, com objetivo de lucro, as famosas milícias, que também são responsáveis por cometimento de crimes com objetivo de lucro e conquista territorial.

Assim, das grandes organizações seculares até os dias atuais, ocorreram diversas transformações, que permitiram o desenvolvimento da criminalidade de uma forma mais organizada, mais modernizada e, sobretudo, internacionalizada¹⁸.

Portanto, a dificuldade dos doutrinadores em conceituar o que seria uma organização criminosa encontra barreiras na própria história.

Uma vez que cada organização se desenvolveu diferente em cada país, por motivações

¹⁶ MARTINS, Priscila Maria Alcântara. *Infiltração Policial em Organizações Criminosas*. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba. 2010. Pg. 24.

¹⁷ Idem. Pg. 24.

¹⁸ JORGE, Gerson Mendes. *A infiltração Policial no Seio das Organizações Criminosas*. 2018. 78 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Pg. 15.

diferentes, e por isso possuem características diferentes, evoluindo de maneira diferente de acordo com circunstâncias únicas do tempo, não sendo como as organizações que conhecemos nos dias atuais, conforme diz Zaffaroni¹⁹.

Com isso, fica difícil criar um conceito universal para definir os requisitos que uma associação de pessoas deve ter para ser enquadrada no conceito do que é exatamente uma organização criminosa.

Entretanto, com a gravidade dos crimes cometidos por essas associações, foi necessária a criação de legislação para enfrentar o problema. E, conseqüentemente, a criação de um tipo penal necessitava de uma definição, ou pelo menos, um consenso de características que todas essas organizações possuem em comum. Pois há a necessidade de políticas especializadas no combate ao crime organizado.

1.2. Breve conceituação legislativa

No Brasil, houve a edição da Lei n.º 9.034/1995, que se propunha a ser uma lei de combate às organizações criminosas, porém, não trazia uma definição expressa do que seria uma organização criminosa.

O seu artigo 1.º dispunha que a lei era uma definição e regulação de meios de prova e procedimentos investigativos de crimes realizados por quadrilhas ou bandos²⁰. Ou seja, a lei, de forma genérica, tentou dar um tratamento às ações do crime organizado, porém, se limitou a matéria de processo penal e execução de pena, sem definir em matéria de direito penal o que seria uma organização criminosa.

Esta questão trouxe problemas, pois quadrilha ou bando já estava presente no artigo 288 do Código Penal, ou seja, a lei não tratava especificamente do crime organizado em si.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Crime Organizado: uma categorização frustrada*. In: Discursos sediciosos, a. 1, v. 1, Rio de Janeiro 1996. Pg. 46.

²⁰ BRASIL, Lei n.º 9034/1995, de 3 de maio de 1995. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 4 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm>. Acesso em: 12 de jun. 2019.

Portanto, alguns autores defendiam que os dispositivos legais da Lei, perdiam sua eficácia, pois somente teriam aplicação nas investigações que envolvessem quadrilha ou bando ou associação criminosa.

Até ocorreu uma mudança legislativa através da Lei n.º 10.217/2001, em que o artigo 1º da Lei 9.034/95, teve sua redação alterada para: *“Esta Lei define e regula os meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”*²¹.

Entretanto, como se verifica, a alteração não trouxe nenhum conceito do que seria crime organizado, somente diferenciou organização de bando, quadrilha ou associação.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, organizada pela ONU, buscou na Convenção de Palermo, dar uma definição ao que significaria crime organizado, com a seguinte redação:

“Artigo 1º - O objetivo da presente Convenção consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional.

Artigo 2º - Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

- a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;
- b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;
- c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada;
- d) "Bens" - os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos;
- e) "Produto do crime" - os bens de qualquer tipo, provenientes, direta ou indiretamente, da prática de um crime;
- f) "Bloqueio" ou "apreensão" - a proibição temporária de transferir, converter, dispor ou movimentar bens, ou a custódia ou controle temporário de bens, por decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente;
- g) "Confisco" - a privação com caráter definitivo de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente;

²¹ BRASIL, Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 12 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10217.htm> Acesso em: 12 de jun. 2019.

- h) "Infração principal" - qualquer infração de que derive um produto que possa passar a constituir objeto de uma infração definida no Artigo 6 da presente Convenção;
- i) "Entrega vigiada" - a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática;
- j) "Organização regional de integração econômica" - uma organização constituída por Estados soberanos de uma região determinada, para a qual estes Estados tenham transferido competências nas questões reguladas pela presente Convenção e que tenha sido devidamente mandatada, em conformidade com os seus procedimentos internos, para assinar, ratificar, aceitar ou aprovar a Convenção ou a ela aderir; as referências aos "Estados Partes" constantes da presente Convenção são aplicáveis a estas organizações, nos limites das suas competências [...]²².”.

O Brasil ratificou a Convenção de Palermo através do Decreto n. 5.5015/2004 passando a internalizar no ordenamento jurídico com status de lei ordinária.

A definição de um conceito básico trouxe características comuns que toda associação deveria ter para ser considerada uma organização criminosa, sendo eles: a pluralidade de agentes, a estabilidade ou permanência, a finalidade de lucro e a organização estrutural.

Após uma discussão sobre utilização ou não do conceito dado pela Convenção de Palermo em nosso ordenamento, decidiu o STF a adoção da definição dada pela Convenção nas práticas delituosas que envolviam atividade de crime organizado.

Entretanto, a adoção do conceito da Convenção de Palermo pelo nosso judiciário não criou a tipificação do crime, apenas tivemos o conceito de “grupo criminoso organizado”²³.

Com a edição da Lei n.º12.694/2012, o direito brasileiro dispunha em seu art. 2º, uma conceituação do que seria uma organização criminosa:

Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional²⁴.

²² BRASIL, *Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 2004. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 23 de jun. de 2019.

²³ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Pg. 22.

²⁴ BRASIL, *Lei n.º 12.694/2012*, de 24 de julho de 2012. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*.

Como já a definição dada pela nova lei algumas alterações foram feitas em relação ao conceito dado pela Convenção de Palermo, adicionando algumas características como: reunião sólida de pessoas; existência de hierarquia e funções; obtenção de vantagem que não precisa ser necessariamente econômica; ter um caráter transacional ou se nacional, ter pena igual ou superior a quatro anos; e não se confundem com bando.

A edição da lei serviu então para esclarecer alguns pontos do conceito anterior, entretanto não caracterizou a organização criminosa como um crime passível de sanção penal e também não revogou a Lei nº 9.034/1995. Ou seja, apenas criou um mecanismo apto a conferir maior segurança aos juízes que atuavam em processos envolvendo organizações criminosas²⁵.

Portanto, diante da necessidade de pacificação legislativa, foi editada a Lei nº 12.850/2013, para criar uma tipificação legal de organização criminosa e pacificar descentendimentos doutrinários a respeito das leis anteriores.

1.3. Da Lei de Organizações Criminosas – Lei 12.850/2013

A Lei das Organizações criminosas, como é popularmente chamada, foi promulgada em 2013, trazendo em seu art. 1º, caput, a finalidade da lei e dispõe, logo em seguida, no §1º do conceito do que seria organização criminosa:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional²⁶.

Brasília, DF, 27 de julho de 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm>. Acesso em: 23 de jun. de 2019.

²⁵ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Pg. 31.

²⁶ BRASIL, *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acessado em: 30 de maio de 2019.

De acordo com Nucci²⁷, dividindo os elementos fornecidos pelo conceito legal, temos: (a) pluralidade de agentes, sendo obrigatório quatro ou mais pessoas; (b) estrutura ordenada, significando a existência de uma hierarquia, com superiores e subordinados; (c) divisão de tarefas, em que cada um possua uma atribuição particular, respondendo pelo seu posto; (d) a obtenção de vantagem de qualquer natureza, podendo ser lucro, ganho, proveito que não é necessariamente econômico; (e) prática de infrações penais com pena superior a quatro anos, ou seja, crimes considerados graves perante o nosso ordenamento jurídico; (f) ou prática de infrações de caráter transacional independente da natureza da infração penal e da pena máxima abstrata cominada ao delito.

A nova lei trouxe algumas inovações, entretanto, apesar de expressamente revogar, em seu art. 26º a Lei 9.034/1995, não revogou a Lei nº 12.694/2012.

Portanto os autores Cleber Masson e Vinicius Marçal²⁸ fazem o seguinte questionamento: “*Qual é a definição jurídica de organização criminosa que há de prevalecer no âmbito interno? A da Lei 12.694/2012 ou a da Lei 12.850/2013? Ou, por outro lado, teríamos no Brasil mais de um conceito legal de organização criminosa?*”.

Segundo Masson e Marçal²⁹, uma primeira corrente, idealizada pelo autor Rômulo Andrade Moreira, entende que vigoram atualmente dois conceitos de organização criminosa, em que se aplica a nova lei com uma abrangência geral e a lei anterior aplica-se para fins exclusivos.

Porém, a segunda corrente, adotada pela maioria dos doutrinadores, entende que houve uma revogação tácita do art. 2º da Lei 12.694/2012, de maneira que o único conceito adotado em nosso ordenamento jurídico de organização criminosa é o da Lei 12.850/2013³⁰.

Esse é o pensamento também corroborado por Guilherme de Souza Nucci, que aduz em sua obra:

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pg. 45.

²⁸ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *Crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Pg. 22

²⁹ Idem. Pg. 22.

³⁰ Idem. Pg. 23.

“A novel previsão, exigindo quatro pessoas para configurar organização criminosa, provoca a derrogação do art. 2º da Lei 12.694/2012 – que menciona três ou mais pessoas –, pois não há sentido algum para se ter, no ordenamento nacional, dois conceitos, simultâneos e igualmente aplicáveis do mesmo instituto. Logo, para se invocar o colegiado, independentemente da expressão “para os efeitos desta lei”, deve-se estar diante de autêntica organização criminosa, hoje com quatro pessoas, no mínimo. Do mesmo modo, afasta-se do art. 2º, da Lei 12.694/2012 a previsão de crimes cuja pena máxima seja igual a quatro anos. Somente penas superiores a quatro anos ou delitos transnacionais envolvem a organização criminosa”³¹.

A maior diferença da Lei do Crime Organizado atual é ela finalmente instituiu um tipo penal incriminador específico para punir quem integra a organização criminosa. Em seu art. 2º a Lei 12.850/2013, prevê as condutas de “*promover; constituir; financiar ou integrar*” organização criminosa como crime, cominando a pena de 3 a 8 anos. Aquele que tenta obstruir a investigação também incorre nas mesmas penas do art. 2º, que tem previsão das condutas “*impedir e embaraçar*” como puníveis.

Nucci atenta que se trata de um tipo penal misto alternativo, onde pode o agente praticar uma ou mais de uma das condutas enumeradas para configurar somente um delito³².

O sujeito ativo que comete o delito pode ser qualquer pessoa, contando-se até mesmo os menores de 18 anos, para enquadramento no conceito de organização criminosa. Já o sujeito passivo é a sociedade, tendo o bem jurídico tutelado à paz pública, na qual a mera formação ou participação na organização já coloca em risco a sociedade como um todo, sendo punível pelo ordenamento jurídico e não admitindo conduta culposa.

O sujeito ativo pode integrar a organização de forma direta ou indiretamente, pois, por exemplo, os “laranjas”³³, são usados no crime organizado para cometer crimes como lavagem de dinheiro.

Em seu art. 2º, a lei do crime organizado também prevê as causas de aumento de pena, sendo elas: (a) emprego de arma de fogo, pois é uma conduta mais lesiva, que autoriza inclusive a prisão provisória; (b) participação de criança ou adolescente na organização; (c)

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pg. 23

³² Idem. Pg. 22

³³ Os termos “laranja” e “testa de ferro” designam, na linguagem popular, a pessoa que intermedeia, voluntária ou involuntariamente, transações financeiras fraudulentas, emprestando seu nome, documentos ou conta bancária para ocultar a identidade de quem a contrata. <disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Laranja_\(indiv%C3%ADduo\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Laranja_(indiv%C3%ADduo))>. Acessado em: 22 de jun de 2019.

concurso de funcionário público em qualquer infração que atinja vantagem ilícita; (d) o destino do produto ou proveito do crime ao exterior, pois dificultam a localização e apreensão dos bens; (e) conexão entre organizações criminosas, independentemente de estarem no Brasil ou no exterior, pois a união de organizações coloca ainda mais a paz pública em risco.

O art. 2º, §4, inciso V, da referida lei, não possui aplicação, pois a previsão de transnacionalidade é elementar do tipo penal, não podendo ser usada novamente para causa de aumento de pena, sob pena de incorrer no *bis in idem*.

A nova lei também dispõe que a pena deve ser agravada em razão de o criminoso ser o comandante da organização criminosa.

A Lei das Organizações Criminosas aplica-se extensivamente a duas situações previstas em seu art. 1º, §2, sendo elas: (a) às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; (b) às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos³⁴.

Isso permite que sejam usados nessas infrações os institutos previstos na Lei n. 12.850/2013, e, segundo Nucci³⁵: “*todas as infrações penais subsumidas nas hipóteses descritas na Lei 12.850/2013 passam a receber tantos os seus benefícios quanto seu rigor*”³⁶.

Após a determinação de seus tipos penais, a lei também trouxe institutos para investigar e captar provas contra as organizações criminosas.

1.4. Meios de produção de prova na Lei 12.850/2013

A nova lei trouxe institutos específicos para lidar com o crime organizado e que são exclusivamente empregados nos delitos praticados no âmbito das organizações criminosas.

³⁴ BRASIL, Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acessado em: 30 de maio de 2019.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pg. 21.

³⁶ Idem. Pg. 21.

É necessário, antes de tudo, fazer uma diferenciação doutrinária do que é prova; fonte de prova; meio de prova e meio de obtenção de prova, uma vez que no processo penal essa diferenciação é muito importante.

Segundo Renato Brasileiro³⁷, *identifica-se o conceito de prova com a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa.*

Por sua vez, fontes de prova são as pessoas e coisas de onde se consegue as provas, resultando em fontes reais (documentos) e fontes pessoais (pessoas) para esclarecer o juiz acerca da existência dos fatos. As fontes de prova são colhidas em momento anterior à formação processual.

Os meios de prova são os instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo, sendo uma atividade que se desenvolve na fase processual perante o juiz. .

E, os meios de investigação de prova são os procedimentos que tem por objetivo a identificação de fontes de prova. De maneira mais específica, segundo Renato Brasileiro, os meios de investigação da prova (ou de obtenção da prova) referem-se a certos procedimentos (em regra, extraprocessuais) regulados por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários que não o juiz (policiais)³⁸.

Existem os meios de produção de prova genéricos do processo penal, aplicados a todo e qualquer crime, sendo eles: a testemunha, documento, perícia, confissão, interrogatório, indício, acareação, reconhecimento de pessoas ou coisa, busca e apreensão.

Segundo Marlon Souza, esses meios de investigação não seriam suficientes para lidar com o crime organizado:

“[...] o modelo de sociedade capitalista globalizada propiciou a pulverização das

³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único I. 5. ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pg. 588.

³⁸ Idem. Pg. 589

relações sociais, a criação de novas tecnologias de informação (telefonia móvel e o surgimento da Internet, por exemplo), bem como o incremento das práticas delituosas, com o consequente surgimento de novos crimes e novas formas de cometer os injustos penais já existentes, sem esquecer os novos arranjos dos grupos criminosos.

[...] Portanto, na última metade do século XX e nestes primeiros anos do século XXI, o processo penal viu-se compelido a dar uma resposta adequada à criminalidade, cada vez mais sofisticada e, ao mesmo tempo, esta resposta devia ser compatível com os parâmetros constitucionais vigentes em um Estado Democrático de Direito³⁹.”.

Consoante a isso, os legisladores perceberam que necessitavam de medidas diferenciadas e inteligentes para lidar com o novo fenômeno da criminalidade, e por isso, introduziram meios de prova específicos para serem aplicados durante a investigação e a colheita de provas no enfrentamento do crime organizado.

Com isso, a Lei 12.850/2013, em seu art. 3º, instituiu os seguintes meios de provas específicos: (a) colaboração premiada; (b) captação ambiental de sinais eletromagnéticos ópticos ou acústicos; (c) ação controlada; (d) acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes nos bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; (e) interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; (f) afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; (g) infiltração, por policiais em atividade de investigação; (h) cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal⁴⁰.

A colaboração premiada, a ação controlada e infiltração de agentes policiais são os institutos mais falados atualmente pela mídia e pela doutrina.

O objetivo do presente trabalho não é analisar todos os institutos de meio de prova instituídos pela Lei do Crime Organizado.

Uma das principais formas inovadoras do enfrentamento ao crime organizado foi à instituição da infiltração policial no seio das organizações criminosas para a colheita de

³⁹ SOUZA, Marlon. *Organização Criminosa e Infiltração Policial*: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo, Atlas, 2015. Pg. 33

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pg. 42

provas. E será esse o objeto de nosso estudo.

2. INFILTRAÇÃO POLICIAL NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

A Convenção de Palermo dispôs em seu art. 20, “1”, a técnica da infiltração policial, como meio de produção de prova ao crime organizado:

“Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado-Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada⁴¹.”

Desta forma, definida pela Convenção de Palermo, a infiltração policial passou a ser uma nova medida de investigação, devendo os Estados signatários, regulamentá-la internamente, instrumentalizando a investigação na persecução penal.

O efetivo regulamento acerca da técnica especial de investigação da infiltração policial ganhou forma na década de 80 do século XX, nos ordenamentos jurídicos europeus, assim como latino-americanos, buscando conferir ao instituto uma roupagem jurídica mais detalhada, à luz de um modelo de processo penal próprio dos regimes democráticos e de direito⁴².

O tema da infiltração policial é bastante problemático desde sua instituição nos ordenamentos jurídicos, pois se trata de uma técnica invasiva e arriscada, que põe em risco o agente e também a sociedade, porque curso da infiltração além de correr riscos à sua vida, o agente, também pode praticar crimes contra a sociedade.

Desta forma, os limites da infiltração policial devem estar muito bem definidos em Lei, para poder assegurar os direitos e garantias fundamentais dos agentes; dos próprios acusados e também da sociedade como um todo.

⁴¹ BRASIL, *Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. *Diário oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 23 de jun. de 2019.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa – lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 157.

Os autores Cesar Roberto Bittencourt e Paulo Cesar Busato⁴³ sustentam que a possibilidade de o Estado, através de seus agentes, praticar atos delitivos como forma de melhor apurá-los é de todo questionável, na medida em que aparenta fugir da sua função precípua de prevenção penal, e equipara-se ao sujeito que pretende reprimir. A infiltração de agentes pode ser enxergada como um indicativo da ineficiência do Estado em apurar a criminalidade organizada, e assim se dá uma autorização para que um de seus representantes pratique delitos.

Neste momento, há um ponto de tensão forte entre as práticas inquisitoriais adotadas no ambiente policial com os princípios constitucionais adotados pelo Brasil, pois, ainda que se tenha que combater a criminalidade, exige-se que qualquer lei venha acompanhada com os princípios do sistema acusatório, devido processo legal, publicidade, dignidade da pessoa humana, ampla defesa e contraditório.

Portanto, para uma parte de doutrinadores, a infiltração policial é eticamente questionável, segundo Renato Brasileiro de Lima, à crítica se baseia na utilização de fraude e de mentira pelo agente do Estado, fazendo com que os mesmos ajam de maneira imoral, violando assim as normas éticas que o Estado se propõe assegurar⁴⁴.

Porém, o próprio autor discorda desse pensamento, uma vez que para ele a legislação processual penal se mostra ineficaz para lidar com o crime organizado. Portanto, o Estado precisa se valer de técnicas especiais de investigação, de forma mais agressiva, para lidar com avanço da criminalidade, que impõe restrições a alguns direitos fundamentais, como por exemplo, a liberdade de locomoção. Entretanto, não se pode dizer que a infiltração é ilegal e inconstitucional, pois além de exigir autorização ela também é uma medida de *ultima ratio*⁴⁵.

Diante disso, pode se afirmar que o Estado não pode agir sem moderação. É de obrigatoriedade que a legislação seja condicionada pelo princípio da proporcionalidade para conter excessos do poder punitivo estatal⁴⁶.

⁴³ BITENCOURT, Cesar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa – lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 156-157.

⁴⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único I*. 5. ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pg. 819.

⁴⁵ Idem. Pg. 819.

⁴⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único I*. 5. ed. rev. .. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pg. 837

Existem questionamentos éticos e jurídicos a serem enfrentados no que toca a infiltração policial. Na questão ética, questionam-se as ações dos agentes a serviço do Estado no meio das práticas ilícitas das organizações criminosas.

No tocante as questões jurídicas existem perguntas complexas em relação ao “agente infiltrado” e o limite da produção de prova por estes, sendo elas: (a) qual autoridade competente para autorizar e controlar as ações encobertas no decorrer das investigações; (b) quais seriam as qualidades e características necessárias de um agente para que este possa agir infiltrado; (c) quais seriam os seus limites; (d) como seria a valoração e gestão do conteúdo probatório colhido por este agente; (e) e não menos importante, de que maneira, por qual período, e ainda em que condições o Estado deverá proteger este agente e seus familiares.

Em termos legislativos, no Brasil, o Projeto de Lei n.º 3516/1989 tentou incorporar a infiltração de agentes, entretanto, embora o projeto tenha sido convertido na Lei n.º 9.034/95, a parte que previa a infiltração foi vetada, o instituto só foi introduzido através da Lei 10.217/2001, que alterou a então Lei de combate às organizações criminosas.

Posteriormente, a Lei n.º 10.409/02, que regulava os procedimentos para apuração de crimes de tóxicos, previu em seu artigo 33 a infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, que foi revogada com a Lei n.º 11.343/2006.

Por fim, a Lei nº 11.343/2006, a infiltração de agentes passou a ser regulada no art. 53, e no âmbito das organizações criminosas, Lei nº 12.850/2013 passou a regular a infiltração de agentes em cinco artigos, firmando o procedimento, limitações e os direitos do agente infiltrado.

No tocante, ao conceito de infiltração policial, os doutrinadores são unânimes em definir como técnica de investigação onde é inserido um agente policial no seio de um grupo organizado que pratica crimes, com o intuito de angariar provas suficientes para o desmantelamento da referida organização.

Em outras palavras, Guilherme de Souza Nucci, coaduna:

“O instituto da infiltração de agentes destina-se justamente a garantir que agentes de polícia, em tarefas de investigação, possam ingressar legalmente, no âmbito da

organização criminosa, como integrantes, mantendo identidades falsas, acompanhando as suas atividades e conhecendo sua estrutura, divisão de tarefas e hierarquia interna⁴⁷.”

No mesmo sentido, diz Renato de Lima Brasileiro:

“Integrante da estrutura dos órgãos policiais, o agente infiltrado (undercover agent) é introduzido dissimuladamente em uma organização criminosa, passando a agir como um de seus integrantes, ocultando sua verdadeira identidade, com o objetivo precípuo de identificar fontes de prova e obter elementos de informação capazes de permitir a desarticulação da referida associação⁴⁸.”

Eduardo Araújo da Silva define a infiltração policial como sendo:

“Uma técnica de investigação criminal ou de obtenção da prova, através da qual um agente do Estado, mediante prévia autorização judicial, se infiltra numa organização criminosa, simulando a condição de integrante, para obter informações a respeito de seu funcionamento⁴⁹.”

Cabe salientar que a natureza jurídica da infiltração de agentes é um meio de prova misto, pois envolve a busca e o agente como uma testemunha. Especificamente como objeto desse trabalho, a infiltração policial nas organizações criminosas está disposta no art. 10º ao 14º da Lei n.º 12.850/2013.

2.1. Requisitos para infiltração policial

A infiltração policial somente pode ser realizada como ultima *ratio*, ou seja, ela será sempre a medida tomada quando nenhuma outra tenha surtido efeito para dismantelar uma organização criminosa.

Isto porque, trata-se de uma operação de risco ao agente e que coloca em voga vários princípios constitucionais do acusado. Desta forma, o *jus puniendi* do Estado não é absoluto e deve ter barreiras, com isso a necessidade de atender os requisitos para que se possa efetuar uma infiltração policial.

Com isso, os requisitos para a infiltração de agentes estão previstos art. 10 da Lei n.º 12.850/2013. Primeiramente, para requerer a infiltração policial, é necessária que se tenha a

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pg. 94

⁴⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único I*. 5. ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017Pg. 815

⁴⁹ SILVA, Eduardo Araújo. *Crime Organizado: Procedimento Probatório*. Ed. Atlas. 2003.

instauração de inquérito, em caráter sigiloso, demonstrando-se a necessidade da adoção da medida. Nesse momento, deve o delegado representar pela infiltração ou ser requerida pelo Ministério Público após manifestação do delegado, de acordo com o art. 10, caput da Lei n.º 12.850/2013.

Salienta-se que não pode o juiz decretar de ofício a infiltração policial, uma vez que a lei é clara ao legitimar o delegado de polícia e Ministério Público para pedir ao juiz a autorização para infiltração.

De acordo com o art. 10, §2, da referida Lei, a infiltração somente poderá ser autorizada se houver indícios que existe uma organização criminosa, ou seja, se deve haver fortes vestígios de prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores há quatro anos ou de caráter nacional.

A infiltração também somente poderá ser autorizada se as provas necessárias não puderem ser produzidas por outros meios, devendo ser demonstrada a indispensabilidade da infiltração de agentes, pois esta é uma medida extraordinária, considerada a *última ratio*.

Renato Brasileiro Lima, diz que esse dispositivo visa a atender ao princípio da proporcionalidade e ao subprincípio da necessidade, segundo os quais o magistrado deverá buscar o meio probatório que produzir menos restrições à esfera de liberdade individual do agente e do investigado⁵⁰.

A infiltração somente poderá ocorrer após autorização judicial motivada pelo juiz, que acompanha o desenvolvimento da investigação criminal, autorizar a infiltração de agentes em organização criminosa.

Segundo Nucci, essa participação ativa do magistrado na fase investigativa não compromete sua isenção, devidos os seguintes motivos:

“[...] a) o juiz que acompanha qualquer inquérito, no Brasil, como regra, não é o mesmo a julgar o feito;

⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. Pg. 568.

- b) nas Comarcas menores, onde o juiz exerce todas as funções, deve atuar com a mesma imparcialidade que lhe é exigida quando decreta uma quebra de sigilo, uma interceptação telefônica ou uma prisão temporária, durante o inquérito, para, depois, receber eventual denúncia e julgar o caso;
- c) a infiltração de agentes é atividade invasiva da intimidade alheia, pois servidores públicos, passando-se por outras pessoas, entram na vida particular de muitos indivíduos, razão pela qual o magistrado precisa vislumbrar razões mínimas para tanto;
- d) a atividade do agente infiltrado funciona como meio de prova, congregando a busca, que depende de mandado judicial, com o testemunho. A autorização judicial deve ser fundamentada (conter todos os argumentos fáticos e jurídicos que indiquem a necessidade da diligência), circunstanciada (trata-se apenas da motivação detalhada, constituindo, então, uma repetição) e sigilosa (proferida sem a publicidade geral, vale dizer, de conhecimento de qualquer pessoa).⁵¹

Sobre a motivação da decisão judicial, Renato Brasileiro de Lima salienta:

“Em fiel observância ao art. 93, IX, da Constituição Federal, esta autorização judicial deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade absoluta. Para além de fazer menção à duração razoável da infiltração, a decisão judicial também deve indicar certas diretrizes a serem observadas pelo agente infiltrado (v.g., abstenção de prática de crimes de dano), além da descrição detalhada dos procedimentos investigatórios que poderão ser por ele produzidos, na medida em que o sucesso dessa medida depende de sua combinação com outros procedimentos investigatórios (v.g., apreensão de objetos, gravações ambientais e/ou telefônicas, vigilância eletrônica, etc.). Afinal, a infiltração não pode constituir uma "carta branca" para violações, realizáveis pela discricionariedade (ou arbitrariedade) do próprio agente infiltrado. Logo, há necessidade de autorização e monitoramento para que, antes mesmo da violação do direito, possa o juiz fazer tal julgamento, autorizando ou não, nos limites legais, a violação de uma garantia fundamental. Fosse o agente infiltrado obrigado a buscar autorização judicial para cada situação vivenciada durante a execução da operação, haveria vidente prejuízo à eficácia desse procedimento investigatório, além de colocar em risco a própria segurança do policial. Daí a importância de o magistrado, ao conceder a autorização judicial para a infiltração, pronunciar-se, desde já, quanto à execução de outros procedimentos investigatórios. De mais a mais, também deve constar determinação expressa no sentido de que haja uma equipe de policiais que prestem apoio constante ao agente infiltrado, viabilizando eventual proteção caso sua verdadeira identidade seja revelada.”⁵²

O agente infiltrado deve necessariamente ser policial, devido à disposição em lei. A infiltração também possui prazo inicial máximo de 6 meses, podendo ser instituída em menor tempo. Poderá ser prorrogada por outros períodos de até 6 meses, sem um limite. Porém o juiz deve ser prudente, segundo Nucci, pois é inadmissível uma infiltração de caráter permanente indefinido⁵³. E, por fim, é obrigatória a apresentação de um relatório

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pg. 95.

⁵² LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. Pg. 567.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pg. 96.

circunstanciado feito pela autoridade policial, cada final de período aprovado pelo juiz, detalhando minuciosamente todos os detalhes da diligência até então empreendida. É fundamental o relatório para prorrogar se necessário à infiltração policial.

2.2. Do agente infiltrado

Com base no texto da Convenção de Palermo, o Brasil editou a Lei n.º 10.217/2001, que alterou a Lei n.º 9.034/95, criando o instituto da infiltração de “Agentes de polícia ou inteligência”, mediante autorização judicial.

A revogada Lei n.º 9.034/95 autorizava a infiltração de agentes de inteligência, era entendida por muitos doutrinadores como inconstitucional, pois atividade investigativa tem por missão a defesa do Estado, e é de exclusividade de autoridade policial, devendo ser realizadas exclusivamente por ela, sendo vedada a participação de quem não seja. Pois como esses agentes não têm funções de polícia judiciária, eles não estão legitimados a coletar provas que irão ser usadas em um processo penal. Em vista disso, os Tribunais Superiores não consideram lícitas as provas obtidas por agentes de inteligência, pois deveriam ser atos típicos de polícia judiciária (civil e federal).

Ainda, a Lei n.º 9.034/95 lei fixava a autorização de incursão do agente infiltrado em qualquer momento da persecução penal. A Lei n.º 10.409/02 previu a figura da infiltração de policiais em organizações criminosas com o objetivo de recolher informações sobre operações ilícitas dessas organizações. A Lei n.º 11.343/06 revogou a Lei n.º 10.409/02, e dispôs a infiltração policial em qualquer fase, desde que se tenha autorização judicial e ouvido o Ministério Público em tarefas de investigação constituídas pelos órgãos especializados.

Finalmente, a Lei n.º 12.850/13, Lei de Combate ao Crime Organizado, revogou integralmente a Lei n.º 9.034/95 e somente autorizou a figura do agente policial infiltrado, não prevendo a possibilidade de infiltração de agente de inteligência.

Diante das leis anteriores, a redação dada pela Lei n.º 12.850/2013, definiu que a infiltração do agente é apenas objeto as tarefas na investigação preliminar, não sendo

podendo ocorrer no curso da ação penal. Além disso, ela confirma que a infiltração é prática a ser adotada tão somente por agentes de polícia judiciária (civil ou federal).

Houve uma preocupação do legislador em determinar que o representante do Estado possa cometer crimes no andamento das investigações policiais e também com os direitos do agente, a sua segurança e de sua família.

Portanto, o dispositivo legal veda a infiltração por particulares. Ou seja, conforme salienta Renato Brasileiro, na hipótese de infiltração de "gansos" ou "informantes"- civis que prestam serviços esporádicos aos organismos policiais sem qualquer hierarquia funcional-, ter-se-á verdadeira prova ilícita. É esta posição também do STF⁵⁴.

Essa previsão não se confunde com a colaboração premiada do participante de organização criminosa, pois a própria lei prevê o instituto da colaboração, podendo a prova ser considerada lícita pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, o autor Renato Brasileiro aduz:

“[...] neste caso por mais que esse colaborador não seja servidor policial, desde que haja autorização judicial para a conjugação dessas duas técnicas especiais de investigação - colaboração premiada e agente infiltrado-, é possível que o colaborador mantenha-se infiltrado na organização criminosa com o objetivo de coletar informações capazes de identificar os demais integrantes do grupo⁵⁵.”

Diante da previsão da Lei de Organizações criminosas, os agentes de polícia legitimados a atuar na qualidade de infiltrados são os listados no art. 144 e parágrafos da Constituição federal⁵⁶:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
I - polícia federal;
II - polícia rodoviária federal;
III - polícia ferroviária federal;
IV - polícias civis;
V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único I. 5. ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pg. 821.

⁵⁵ Idem. Pg. 821.

⁵⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 20 de jun. de 2019.

Desta forma, definem os autores Cleber Masson e Vinicius Marçal⁵⁷ que como somente será admitida a infiltração se houver indícios do crime de organização criminosa, entende-se que apenas os agentes policiais incumbidos de investigar esse delito poderão agir como infiltrados, ou seja, tão somente os integrantes da Polícia Federal (art. 144, § 1.º, I, da CR/1988) e da Polícia Civil (art. 144, § 4.º, da CR/1988)⁵⁸.

2.2.1. Conceito de agente infiltrado

Segundo um conceito trazido por Vicente Greco⁵⁹, o agente infiltrado é “*um membro do corpo policial que, para desbaratear a atividade de grupos criminosos, ingressa no grupo e participa de suas atividades até a colheita de elementos probatórios suficientes para a persecução penal*”.

É então, um policial que adota uma falsa identidade para ingressar na organização criminosa e colher provas para desmantelá-la e punir os seus integrantes.

O conceito dado pela doutrina, segundo Renato Brasileiro de Lima⁶⁰, existe três características principais que marcam a figura do agente infiltrado. A primeira é a dissimulação, pois ocorre a ocultação da condição de agente policial e de suas verdadeiras intenções. A segunda é o engano, baseada numa encenação/fingimento para que o agente tenha a confiança do suspeito. E, a interação, que constitui em uma relação direta do agente com os investigados.

Verifica-se que a atuação do agente é perigosa, portanto, se exige que o mesmo possua capacitação antes de adentrar no seio das organizações criminosas. Há uma preocupação da doutrina sobre a capacitação do agente infiltrado, uma vez que o mesmo coloca em risco a sua segurança e integridade física.

⁵⁷ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *Crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Pg. 166.

⁵⁸ Idem. Pg. 166.

⁵⁹ FILHO, Vicente Greco. *Comentários à lei de organização criminosa – lei nº 12.850/13*. São Paulo: Saraiva. Pg. 58.

⁶⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único I*. 5. ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pg. 822.

Esse também é um dos motivos pelo qual um agente responsável por uma investigação por meio de infiltração deva ser uma autoridade policial treinada e não qualquer civil ou agente do estado sem preparo para tal.

2.2.2. Direitos do agente

A Lei n.º 12.850/2013 estabeleceu em seu art. 14 os direitos que o policial infiltrado tem, por meio do qual se busca a proteção da intimidade do agente, resguardando a tanto a sua intimidade como a sua integridade física.

De acordo com o art. 14, são quatro direitos determinados ao agente que se infiltra nas organizações criminosas:

“Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito⁶¹.

Primeiramente, o artigo deixa explícito o caráter voluntário da infiltração dos agentes, desta forma, deixando livre o agente que não se sentir preparado para adentrar no seio de uma organização criminosa. E diante da Constituição Federal, o respeito aos direitos fundamentais do agente, sendo eles o da dignidade da pessoa humana, o da integridade física e da vida.

O treinamento do agente e seu perfil devem estar adequados para a infiltração. Desta forma, é muito ressaltada por doutrinadores a importância do treinamento do agente, tanto de maneira física, como de maneira técnica e psicológica. Pois a infiltração policial trata-se de um meio de prova muito arriscado para o agente.

Portanto, as características do agente no momento em que for determinado um plano de ação são muito importantes para o êxito da infiltração. A questão psicológica do agente, por

⁶¹ BRASIL, *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acessado em: 30 de maio de 2019.

exemplo, se mostra muito importante, pois durante a infiltração, a falta de preparo psicológico pode afetar até mesmo um agente bem treinado, pondo em risco a sua segurança e sucesso da operação.

É importante ressaltar, que o art. 12, §3 da Lei n.º 12.850/2013, dá o direito de o agente cessar a infiltração se entender que sofre um risco eminente. Entretanto, Guilherme de Souza Nucci, defende que o direito de cessar não seja absoluto, sob pena de violação funcional:

“Quanto a cessar a atuação infiltrada, não pode ser um direito absoluto e infundado, pois pode comprometer toda uma operação, colocando em risco outros agentes e fazer o Estado perder muito em todos os sentidos. Diante disso, a cessação deve ligar-se a motivos imperiosos, comprometedores da segurança do agente, de sua família ou algum problema inédito, que não mais lhe dê condições de permanência. Em suma, seus motivos serão averiguados no âmbito administrativo⁶².”

A averiguação no âmbito administrativo pode ser um problema para o agente policial, uma vez que, a demora, mínima que seja, pode colocar a sua vida ou de algum familiar em risco.

O segundo direito previsto do agente, é que o mesmo tenha a sua identidade alterada e possa usufruir de medidas de proteção à testemunha. A possibilidade de alteração da identidade encontra ampla previsão no art. 9.º da Lei 9.807/1999, e está em perfeita sintonia com a figura do agente infiltrado:

“Art. 9º Em casos excepcionais e considerando as características e gravidade da coação ou ameaça, poderá o conselho deliberativo encaminhar requerimento da pessoa protegida ao juiz competente para registros públicos objetivando a alteração de nome completo⁶³.”

É plenamente visível que se a descoberta da identidade verdadeira do agente pode por em risco a sua segurança e da sua família. Por isso, é plenamente aplicável, a luz do bom direito, o previsto em lei, a fim de tutelar a vida do agente e criar condições para que ele possa desempenhar seu trabalho de infiltração de maneira segura.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pg. 103.

⁶³ BRASIL, *Lei n.º 9.807/1999*, de 13 de julho de 1999. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 14 de julho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm>. Acessado em: 20 de jun. de 2019.

A legislação permite a alteração da identificação do agente encoberto e, inclusive, de seus familiares com quem tenha convivência habitual (art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 9.807/1999). Segundo Masson e Marçal, é justificável, pois em muitos casos o infiltrado pode desempenhar papéis que o confunda com integrantes da organização, e assim a prática das infrações será feita através de identidade fictícia⁶⁴. Diante disso, é dever do magistrado a determinação para que se crie registros e documentos falsos que contribuam para a veracidade da história contada pelo agente, e, consequentemente com o êxito da investigação.

Ao final da operação de infiltração, será providenciado o retorno ao status quo ante, com a alteração para o nome original, conforme a teleologia do § 5.º do art. 9.º da Lei n.º 9.807/1999.

O agente infiltrado tem direito de medidas de proteção a testemunhas, também previstas na Lei n.º 9.807/1999:

Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

- I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;
- II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;
- III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;
- IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;
- V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;
- VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;
- VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;
- VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;
- IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro⁶⁵.

Dependendo do caso concreto, poderá o agente necessitar de proteção após o fim da infiltração, uma vez que o mesmo é uma testemunha, tendo em vista o caráter de meio de prova misto da infiltração de agentes. Assim, é cabível, no que couber as medidas protetivas previstas no art. 7.º da Lei n.º 9.807/1999.

⁶⁴ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Pg. 163.

⁶⁵ BRASIL, *Lei n.º 9.807/1999*, de 13 de julho de 1999. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 de julho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm>. Acessado em: 20 de jun. de 2019.

O terceiro direito do agente é o de ter seu nome, sua imagem, voz e outras informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo penal. Novamente, os autores Masson e Marçal⁶⁶ chamam atenção para uma polêmica: seria possível ou não a oitiva do agente infiltrado como testemunha anônima – aquele em que o réu não tem conhecimento dos dados qualificativos do depoente (nome, endereço, etc.)?

Há três entendimentos sobre a questão, a primeira corrente entende que é possível a oitiva do agente como testemunha anônima, mas o defensor do réu tem direito de participar da audiência, devido respeito aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

É nesse entendimento que Renato Brasileiro de Lima coaduna-se:

“[...] se, porventura, surgir a necessidade de sua oitiva, o agente infiltrado deve ser ouvido como testemunha anônima. Afinal, não faria sentido guardar o sigilo da operação durante o curso de sua execução para, após sua conclusão, revelar aos acusados a verdadeira identidade civil e física do agente infiltrado.
[...] Esse anonimato é determinado para se prevenir ou impedir a prática de eventuais ilícitos contra as testemunhas (v.g., coação processual, ameaça, lesões corporais, homicídios etc.), possibilitando, assim, que seu depoimento ocorra sem qualquer constrangimento, colaborando para o necessário acerto do fato delituoso⁶⁷”.

Para o patrono de o réu poder interrogar a testemunha, o mesmo deverá ter acesso a dados qualificativos da testemunha, pois de modo a se assegurar o direito à ampla defesa, a ocultação da identidade de testemunhas ou vítimas não poderá alcançar o advogado, o qual ficará responsável pela preservação desses dados⁶⁸.

A segunda corrente entende que se deve ouvir o agente infiltrado como testemunha anônima e vedar totalmente à participação do acusado e de seu defensor a audiência. Com esse entendimento, Marcelo Mendroni pondera que, “*para absoluta e inalienável necessidade de proteção da integridade física do agente infiltrado, seus dados serão mantidos sob sigilo, sem acesso, inclusive ao advogado*⁶⁹”.

⁶⁶ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Pg. 164

⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único I*. 5. ed. Rev. ampl. E atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pg. 594.

⁶⁸ Idem. Pg. 594.

⁶⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado – Lei n.º 12.850/13*.

O entendimento dessa corrente é que os réus se defendem dos fatos e não das pessoas, desta forma, não se justifica franquear a identidade da testemunha anônima nem mesmo para o advogado da parte.

A terceira corrente aduz que não é possível a oitiva do agente infiltrado como testemunha anônima, sendo direito tanto do réu como de seu defensor a participação na audiência⁷⁰. Eles fundamentam que a testemunha anônima iria ferir o direito a ampla defesa e é dever do Estado assegurar a segurança de seu agente, não justificando o anonimato em detrimento de um direito constitucional.

A Lei nº 12.850/2013, entretanto, institui que as informações devem ser preservadas também durante o processo criminal, com isso, se afasta da terceira corrente.

O quarto direito do agente é o de ter sua identidade preservada pelos meios de comunicação, não devendo ser divulgadas fotos ou filmagens sem sua autorização. É um dispositivo que se direciona para a imprensa como um todo. Para Nucci, o ponto é correto, porém pecou em não dispor de um tipo penal incriminador específico para violação desse direito⁷¹.

Neste ponto, o art. 18 da Lei n.º 12.850/2013 prevê como crime revelação da identidade, fotografar ou filmar o colaborador, entretanto se manteve silente em relação o agente colaborador. Portanto, não há tipificação legal para quem fere a disposição do art. 14, IV, da Lei n.º 12.850/2013.

Nucci sustenta que o único jeito seria a tomada de medida cautelar de ordem civil para bloquear a indevida divulgação⁷². Já os autores Masson e Marçal, entendem que poderia se usar o art. 20 da Lei de Organização Criminosa que pune o descumprimento de sigilo nas ações controladas e infiltrações de agentes⁷³.

São Paulo: Atlas, 2014. p. 82.

⁷⁰ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Pg. 164

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pg. 105.

⁷² Idem. Pg. 105.

⁷³ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro:

2.2.3. Agente provocado vs. Agente infiltrado

É necessário antes de prosseguir com o presente trabalho, diferenciar as figuras do agente provocado x agente infiltrado.

O agente infiltrado, conforme já definido anteriormente, é o agente da autoridade policial, cível ou federal, que depois de devido treinamento, ingressa na organização criminosa com intuito de colher as provas necessárias para punir seus integrantes e desmantelar a organização.

Já o agente provocador, é a autoridade policial de qualquer força de segurança pública, que instiga a conduta criminosa de terceiros para prendê-lo em flagrante no momento do cometimento do crime.

O flagrante provocado ou preparado é totalmente nulo para doutrina e para jurisprudência. Guilherme de Souza Nucci, ao tratar do flagrante provocado ou preparado, descreve o ato do agente provocador dizendo cuidar-se de um arremedo de flagrante, ocorrendo quando um agente provocador induz ou instiga alguém a cometer uma infração penal, somente para assim poder prendê-lo⁷⁴.

Aury Lopes Junior define que o flagrante provocado é ilegal e ocorre quando existe uma indução, um estímulo para que o agente cometa um delito exatamente para ser preso. Trata-se daquilo que o Direito Penal chama de delito putativo por obra do agente provocador⁷⁵.

O entendimento dos autores é pacificado pela Súmula 145 do STF que prevê que “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a consumação”.

Forense; São Paulo: Método, 2017. Pg. 165

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução pena*. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. Pg. 593.

⁷⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

Portanto, não há o porquê confundir o agente provocador com o agente infiltrado em organização criminosa, pois o agente infiltrado está autorizado por lei a investigar os crimes praticados por aquela organização.

A infiltração de agente somente é autorizada por lei quando há indícios suficientes de que existe uma organização, e, tem o dever, o agente infiltrado em agir de maneira passiva, não instigando os integrantes a praticar crimes, mas sim, apurar os delitos já praticados ou que vierem ser praticados pelo grupo.

Neste sentido, Renato Brasileiro de Lima diz:

“O agente infiltrado tem autorização judicial para se infiltrar em determinada organização criminosa com o objetivo de colher elementos capazes de proporcionar seu desmantelamento, devendo agir precipuamente de maneira passiva, não instigando os demais integrantes do bando à prática de qualquer ilícito. Logo, se os agentes de polícia ou de inteligência têm indícios suficientes da existência de uma organização criminosa e nela se infiltram em busca de informações que permitam identificar os diversos ilícitos praticados por seus integrantes, não há falar em crime impossível, porquanto a intenção de delinquir já havia surgido firmemente nos sujeitos que estão praticando as infrações penais, por meio de decisão livre e anterior à intervenção do agente infiltrado⁷⁶.”

Nesse sentido, um agente infiltrado pode prender um participante da organização em flagrante sem ser caracterizado um flagrante provocado, pois, o mesmo já praticava o delito sem qualquer influência do agente.

Observa-se que o agente infiltrado pode retardar a prisão em flagrante dos integrantes da organização criminosa, se entender que a prisão no momento é inoportuna. Desta forma estará agindo em conjunto com outro meio de prova determinado na Lei n.º 12850/2013, o instituto da ação controlada.

É a compreensão que traz Renato Brasileiro de Lima:

“Como se percebe, a depender das circunstâncias do caso concreto, se a infiltração visar tão somente a identificação de uma situação de flagrância de modo a permitir a captura de determinados integrantes da organização criminosa, este procedimento investigatório poderá ser utilizado sem a utilização concomitante da ação controlada (Lei n.º 12.850/13, arts. 8º e 9º). No entanto, se as autoridades responsáveis pela persecução penal entenderem que o flagrante deve ser postergado para um momento mais oportuno sob o ponto de vista da colheita de provas, é

⁷⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único I*. 5. ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pg. 824.

possível que o procedimento investigatório do agente infiltrado seja utilizado em conjunto com a ação controlada (Lei nº 12.850/13, arts. 8º e 9º, e arts. 10 a 14)⁷⁷.”

Portanto, diante do exposto, não há de que se confundir a atuação do agente infiltrado e o agente provocado. Sendo plenamente válida uma prisão em flagrante realizada pelo agente infiltrado que não induziu os integrantes da organização a prática de delitos.

2.2.4. Técnica do agente infiltrado e a violação dos princípios da ampla defesa, contraditório e direito ao silêncio

Uma grande preocupação com o meio de prova da infiltração policial é o nível de compatibilidade que ele possui com os princípios constitucionais que o réu possui direito durante a persecução penal. Há um debate em relação à técnica do agente infiltrado violar os princípios do contraditório, da ampla defesa e o direito ao silêncio.

Segundo Mendroni, o maior desafio da justiça será sempre buscar soluções legais contra essa espécie de criminalidade, sem abrir mão da observância aos direitos e garantias fundamentais. Será quase sempre sensível o ponto exato, estreita a linha divisória, mas temos que buscar incansavelmente a esta justiça – para que o mundo não pereça⁷⁸.

Diante disso, no tocante ao princípio do contraditório e ampla defesa, o art. 12, §2 da Lei 12.850/2013, previu que: “Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente”⁷⁹.

Entretanto, por exemplo, uma questão esbarra entre o respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa *versus* proteção do agente infiltrado, a preservação de sua vida e integridade física.

A questão já explicitada da admissibilidade do agente infiltrado como testemunha oculta. A previsão legal é de que é possível a completa ocultação do agente infiltrado tanto na investigação quanto no processo penal, que envolve a defesa.

⁷⁷ Idem. Pg. 824.

⁷⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2009. Pg. 21.

⁷⁹ BRASIL, *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acessado em: 30 de maio de 2019.

Segundo Machado, a questão em discussão é como manter o contraditório, sem violar a ampla defesa e conseguir proteger a identificação do agente. E, ainda, como este mesmo agente irá conseguir prestar depoimento em juízo sem mostrar o seu rosto e identidade⁸⁰.

Para Nucci, não é possível que os relatórios feitos por um agente infiltrado não sejam suscetíveis de impugnação, transformando as provas em inquestionáveis. Diante disso, ele sustenta:

“A única solução viável para que todo o material produzido por esse agente se torne válido é a sua identificação à defesa do acusado, possibilitando o uso dos recursos cabíveis. É responsabilidade do Estado garantir a segurança de seus servidores policiais, não se podendo prejudicar o direito constitucional à ampla defesa por conta disso.

O agente pode e deve ficar oculto do público em geral e do acesso da imprensa, mas jamais do réu e seu defensor⁸¹.”

Porém, há um choque de interesses em qual direito irá ser protegido. Se um for protegido, o outro, inevitavelmente fica descoberto.

O legislador optou na Lei de Organizações Criminosas por assegurar a integridade do agente e seu direito à imagem, em detrimento do princípio do contraditório e ampla defesa.

Em relação ao direito de permanecer em silêncio, e consequentemente, de não elaborar prova contra si mesmo, previsto no Pacto de São Jose da Costa Rica, em seu art. 8^a, 2, “g”, e art. 5^o, LXIII da Constituição Federal, há uma divergência apontada pela doutrina, pois se o agente infiltrado produz a confissão do acusado de forma maliciosa, observando que o acusado esta sendo enganado através da dissimulação do agente não sabendo sua identidade, o mesmo revela informações que estariam acolhidos pelo princípio do *nemo tenetur se detegere* (não produzir prova contra si mesmo), sendo então uma prova ilícita no nosso ordenamento jurídico.

Há mais de uma corrente sobre a questão. Uma corrente defende que o investigado deve confessar o crime de modo claro e ciente, com efeito de violar o princípio da lealdade no curso do processo investigatório. Nesse caso, a prova produzida pelo agente seria ilícita.⁸²

⁸⁰ MACHADO, Luís Henrique. *Os Limites para Uso de Agentes Infiltrados nas Investigações*. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/reflexoes-sobre-o-agente-infiltrado-09062016>>. Acessado em: 01/06/2019.

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Já o Superior Tribunal de Justiça do Brasil, vem decidindo no o conflito deve ser resolvido perante a ótica da ponderação, permitindo o método do interrogatório clandestino através do agente infiltrado, porém, tem que versar sobre crime substancialmente grave e que as outras formas de investigação não tenham dado certo. E impõe duas restrições: (a) cuidar de interrogatório específico, sem estratégia advinda do agente com o objetivo de culpar o investigado; (b) as questões não podem estar atreladas a crimes já consumados. Após essas limitações a Corte é incisiva em assegurar que a adequada persecução criminal, com o intuito de preservar a população, não pode ser danificada em detrimento dos direitos fundamentais do investigado, constituindo a rejeição da prova conquistada pelo agente infiltrado⁸³.

Portanto, aqui há um claro embate entre princípios fundamentais. É uma linha muito tênue de ponderação entre qual direito se deve sobrepor diante do outro.

O autor Gabriel Silveira de Queirós Campos salienta que:

“[...] as limitações ao direito a prova não se esgotam nas previsões legais, existindo uma outra sorte de limites na própria constituição federal, uma vez que nenhum direito fundamental é absoluto e, sendo assim, impõe-se uma ponderação de interesses sempre que emergir um choque entre esse e outros direitos assegurados constitucionalmente (p. ex., direito a intimidade, a honra, e a imagem das pessoas); É no processo penal, onde se chocam o interesse punitivo estatal e a liberdade do indivíduo, que se impõe mais fortemente as limitações à atividade probatória [...]”⁸⁴.

Diante disso, as provas colhidas pelo agente infiltrado trazem grande debate doutrinário e jurisprudencial que analisaremos nos próximos capítulos.

⁸² MACHADO, Luís Henrique. *Os Limites para Uso de Agentes Infiltrados nas Investigações*. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/reflexoes-sobre-o-agente-infiltrado-09062016>>. Acessado em: 01/06/2019.

⁸³ Idem.

⁸⁴ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal*. Salvador: JusPODIVM, 2015. Pg. 60

3. DOS LIMITES DA ATUAÇÃO DO AGENTE NA PRODUÇÃO DE PROVA DURANTE A INFILTRAÇÃO POLICIAL

A técnica da infiltração policial prevista na Lei n.º 12.850/2013, traz muitos embates doutrinários, pois, a utilização de fraude pelo agente do Estado e a possibilidade de cometimento de crimes por parte desse agente vai de encontro com limites éticos. É nesse entendimento, que Renato Brasileiro de Lima traz em seu livro a seguinte exposição:

“[...] muito se discute acerca da validade da infiltração policial à luz da ética. A crítica se baseia na utilização da fraude e da mentira pelo agente infiltrado, e na convivência do Estado com a utilização dessa técnica especial de investigação, quando fornece, de maneira imoral, um de seus agentes para a execução dessa operação. Em síntese, se a finalidade das penas é a confirmação das normas éticas, a partir do momento em que o próprio Estado viola esses preceitos éticos para lograr a aplicação de uma pena, estar-se-ia demonstrando que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o direito penal se propõe a assegurar⁸⁵.”

Adotando uma posição contra a Lei n.º 12.850/2013, Eugenio Pacelli⁸⁶, afirma que a utilização da infiltração de agentes como meio de obtenção de prova é inconstitucional, pois fere o princípio da moralidade administrativa, previsto no art. 37 da Constituição Federal. Para ele, este princípio rejeitaria a prática de qualquer delito sobre a justificativa de obtenção de prova.

Nessa esteira, suscita Pacelli⁸⁷, que a infiltração traz proporções gigantes ao permitir que o agente pratique crimes na colheita de provas, além de ir contra a moralidade, é totalmente antiético e abre para o cometimento de abusos pelo agente, que segundo a Lei, tem o dever de participação nas infrações cometidas pela Organização Criminosa, com intuito de convencer e ter êxito na operação.

Ora, para ele, isso abriria espaço para uma flexibilização dos juízos de convivência de determinadas ações, conforme sustenta:

“Ainda no plano da moralidade administrativa, a infiltração de agentes no interior de organizações criminosas abre espaço - e perigoso espaço - para a flexibilização dos juízos de conveniência de determinadas atuações, com a consequente e indevida ampliação do manejo da discricionariedade, a ser justificada por critérios

⁸⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único I*. 5. ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pg. 563.

⁸⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Pg. 689.

⁸⁷ Idem. Pg. 689-690.

preferencialmente utilitários. Como evitar o paralelo argumentativo a ser desenvolvido para o fim de legitimar comportamentos com base na perspectiva dos resultados finais dos interesses maiores da Administração Pública?⁸⁸.”

Outros doutrinadores rejeitam a argumentação de que a infiltração fere o princípio da moralidade administrativa e seria incompatível com a ética. Isso porque, conforme já explicitado ao longo do trabalho, é clara para eles a necessidade de medidas especiais para o combate às organizações criminosas, e por isso, seria justificável, com base no princípio da proporcionalidade, a utilização da técnica de infiltração, nesse sentido:

“[...] Em conclusão porque, à luz do princípio da proporcionalidade, a periculosidade social inerente às organizações criminosas acaba justificando o emprego de procedimentos investigatórios mais invasivos, sem os quais os órgãos estatais não seriam capazes de localizar fontes de prova e coligir elementos de informação necessários para a persecução penal⁸⁹.”

O que todos os doutrinadores têm em mente é que a infiltração de agentes deve respeitar os princípios e garantias fundamentais dos indivíduos, de modo a não autorizar uma postura abusiva do Estado de Direito.

Na parte final de seu artigo 10, a Lei n.º 12.850/2013, prevê a necessidade de que o magistrado estabeleça os limites da infiltração. Primeiramente, conforme salientado por Marlon Souza⁹⁰, os limites para a atuação do agente já estão previstos no ordenamento jurídico, seja no texto constitucional, no Código de Processo Penal ou na legislação esparsa, devendo os órgãos de investigação sempre respeitar os direitos e as garantias fundamentais do investigado.

Porém, segundo o próprio autor⁹¹, o legislador poderia ter se utilizado da infiltração policial para estabelecer a figura do juiz de garantias, determinando que o juiz que autoriza e examina as provas colhidas durante a infiltração fosse impedido de ser o responsável pelo recebimento da denúncia, num claro respeito ao sistema acusatório, ao Código de Processo Penal e a Constituição Federal.

⁸⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 691.

⁸⁹ PEREIRA, Flávio Cardoso. *A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência*. In *Limites Constitucionais da Investigação*. Luiz Flávio Gomes, Pedro Taques, Rogério Sanches Cunha (coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Pg. 100.

⁹⁰ SOUZA, Marlon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015. Pg. 96.

⁹¹ Idem. Pg. 96-100.

Diante da previsão legal de que o juiz determine limites e da constitucionalização do direito, não pairam dúvidas que independente do entendimento do doutrinador, a infiltração policial deve possuir limites.

3.1. Do limite da obtenção de provas pelo agente infiltrado

O agente policial, durante a infiltração policial, tem o dever de agir de acordo com os limites estabelecidos na decisão judicial que autorizou a infiltração e na lei, pois caso aja em desacordo com o ajustado, pode acarretar a contaminação de provas colhidas e a consequente perda do trabalho realizado com a decretação de nulidade da prova conforme estabelecido pela Constituição e pelo Código de Processo Penal.

Caso o agente venha agir em desacordo, além da nulidade da prova, também poderá acarretar que o mesmo responda pelos excessos cometidos. Pois, o art. 13, da Lei de Organizações criminosas prevê que o agente seja responsabilizado pelos excessos cometidos caso não aja com proporcionalidade na investigação. Porém, não há na legislação o que defina ser uma ação proporcional.

O paragrafo único do art. 13 da Lei das Organizações Criminosas, apenas, exclui a culpabilidade do agente quando houver inexigibilidade de conduta diversa na prática de crimes no curso da infiltração policial. Todavia, não determina qual seria o limite para determinar com qual proporcionalidade deve agir o agente.

Diante disso, vemos que há uma falta de determinação legal para o agente, abrindo uma insegurança jurídica tanto para a sociedade, tanto para o agente, pois a existência de uma lacuna na lei do que seria um ato proporcional, faz com que se tenha dúvidas se infração cometida pelo agente é necessária e irá ou não ser penalizada.

Portanto, é difícil, mesmo sob a ótica do princípio da proporcionalidade, delimitar quais são as condutas permitidas ao agente durante a infiltração policial. Apesar de entender que todos os atos dos agentes infiltrados devem guardar respeito aos direitos e garantias dos

acusados, durante a investigação, esses direitos serão certamente restringidos para que se possa ter êxito na operação⁹².

As organizações criminosas trazem um perigo iminente à sociedade, tanto que somente a sua formação, já se considera um crime, portanto, quando o Estado, que deve guardar a segurança das pessoas, permite que um agente seu, use de práticas criminosas durante a produção probatória coloca em risco a sociedade e direitos e garantias de todos.

Segundo Eugenio Pacelli⁹³, ao permitir que o agente infiltrado integre uma organização criminosa, o mesmo já cometeu o delito de integrar organização criminosa, segundo o art. 2º da Lei n.º 12.850/2013, pois se trata de um crime formal.

Portanto, ainda que existam na legislação certos limites, eles não são claros. Na medida em que alguns autores defendem que o legislador deveria ter, em lei complementar, definido quais as condutas permitidas para o agente, e não somente citar o princípio da proporcionalidade⁹⁴.

Segundo o entendimento de Aury Lopes Jr.⁹⁵, o princípio da proporcionalidade tem sido lido de uma maneira inadequada do interesse público pelo privado para justificar a persecução penal do Estado. Para ele, o argumento de que os direitos individuais devem ser sacrificados em razão do interesse público é uma manipulação discursiva que justifica a legitima o abuso de poder. Até mesmo porque, os direitos e garantias no processo penal, superam a esfera do privado, pois são os verdadeiros direitos de todos em relação ao abuso do poder estatal.

Sob essa ótica, não se pode invocar o princípio da proporcionalidade de maneira a justificar que os atos do infracionais ou ilícitos do agente somente para que se tenha êxito na colheita de provas em detrimento da ética, dos direitos e garantias fundamentais envolvidos.

⁹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Pg. 696.

⁹³ Idem. Pg. 696.

⁹⁴ SOUZA, Marlon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015. Pg. 98.

⁹⁵ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. Pg. 35.

Desta forma, continua-se na questão central que não pode ser ignorada: qual a conduta exigível de um agente policial durante a infiltração? Segundo Pacelli, há um imenso paradoxo na infiltração policial:

“De novo o paradoxo da infiltração: qual conduta é exigível do agente policial? A organização exige que ele atue para a prática de delitos, enquanto o Estado dele espera um comportamento heroico, de neutralidade em relação ao crime. Mas, apenas quando possível, veja-se bem! Quando ele, por dever de ofício (na organização, é claro), tiver que executar algum ato na cadeia das condutas configuradoras de crimes, estará previamente exculpado.

O infiltrado, portanto, tem dois deveres originários opostos: o de atuar em favor dos delitos e o de colher elementos que demonstrem a prática de tais crimes. Mas, pode surgir outro dever, agora derivado: o de executar, em algum nível, o delito, quando então não haverá contraposição de deveres: tanto a organização criminosa quanto o Estado esperam dele semelhante comportamento!

Há que ter cuidado na luta contra a violência, pois o terror pode estar dos dois lados⁹⁶.”

A inquietação doutrinária acerca de autorizar um agente ao cometimento de crimes justificada em nome de um “bem maior” como o êxito em comprovar a existência da organização criminosa é necessária. E não será superada no presente trabalho. Pois, a inquietação é extremamente válida para que se assegure que as leis não sejam violadoras de dispositivos constitucionais e processuais.

Diante disso, os questionamentos se o Estado pode conferir ao agente infiltrado permissão para cometer ilícitos será sempre levantada. Todavia, apesar da discussão, a Lei de Organizações Criminosas permitiu que o agente pudesse ser autorizado e tenha sua culpabilidade excluída.

Portanto, talvez a solução, em vez de dar um cheque em branco para o agente com base no princípio da proporcionalidade tanto para o cometimento de infrações penais quanto na colheita de provas, seja delimitar, já que não foram definidos por lei, quais são as condutas que o agente deve seguir, se especificando as condições; os locais; os suspeitos; o objeto; o conteúdo lícito ou ilícito das ações do agente; os instrumentos a serem utilizado pelo agente e quais restrições permitidas aos direitos dos investigados durante a infiltração policial⁹⁷.

3.1.1. Das provas ilícitas

⁹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Pg. 696.

⁹⁷ SOUZA, Marlon. *Crime organizado e infiltração policial*: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015. Pg. 99.

A formação do convencimento judicial é realizada através das provas. Portanto, diante da gravidade das consequências do Direito Penal, é exigível que o Estado somente possa usar contra um acusado nas provas que respeitem os direitos fundamentais do mesmo.

Fugindo-se da ideia da busca da verdade real, Eugenio Pacelli, diz que a verdade é judicial é sempre processual, devendo o juiz apenas se convencer e reproduzir sua certeza diante de um conjunto probatório, que deverá ser válido diante de garantias processuais e constitucionais⁹⁸.

No tocante as provas colhidas pelo agente policial na infiltração, sabemos que as provas são em sua maioria de produção acautelatória e irrepetível, de modo que o contraditório e a ampla defesa são diferidos para a fase de instrução.

Dentro do limite do meio de obtenção de prova pelo agente infiltrado esta a obrigatoriedade, em regra, de que a prova colhida seja lícita para que possa ser usada no processo penal.

A ilicitude, segundo Pacelli⁹⁹, é aquele ato praticado em oposição a uma regra de direito, provenha esta de qualquer ramo ou disciplina jurídica. Portanto, a prova ilícita, segundo ele é:

“A prova ilícita significa, então, a prova obtida, produzida, introduzida ou valorada de modo contrário à determinada ou específica previsão legal.

A ilicitude que acabamos de mencionar surgiria nas fases essenciais do aparecimento da prova no processo penal, a saber: (a) a da sua obtenção; (b) a da sua produção; (c) a da sua introdução no processo; e, por fim, (d) a da sua valoração pelo juiz da causa.

Note-se que a idoneidade probatória ou de convencimento de uma prova nem sempre dependerá de sua validade. A prova poderá ser ilícita, ainda que comprovadamente eficaz quanto à reprodução de veracidade dos fatos (gravações ambientais etc.)¹⁰⁰.”

O art. 5º, LVI, da Constituição Federal, dispõe que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. Essa disposição também está presente no Código de Processo Penal, em seu art. 157, que prevê além da inadmissibilidade, o desentranhamento das provas ilícitas do processo.

⁹⁸ OLIVEIRA, Eugênio. FISCHER, Douglas.. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. Pg. 648.

⁹⁹ Idem. Pg. 697.

¹⁰⁰ Idem. Pg. 697.

Com base nos artigos mencionados, verifica-se um limite para a validação da prova colhida pelo agente infiltrado, que é a licitude da prova.

Não é objetivo do presente trabalho a distinção entre provas ilegítimas e ilícitas, e o desdobramento dessa questão, pois fugiria do propósito da análise da infiltração policial. Todavia, devemos abordar de forma rápida a anulação ou convalidação das provas, dispostas no Código de Processo Penal.

Segundo já mencionado, o art. 157, prevê o desentranhamento de provas ilícitas, e em seu §1, adota a teoria da ilicitude por derivação, ao determinar que as provas derivadas das ilícitas sejam consideradas ilícitas, e, portanto, devem também ser desentranhadas do processo. É o que se chama de teoria dos frutos da árvore envenenada pela doutrina¹⁰¹.

Porém, também se foi adotada a teoria da convalidação de provas, na qual algumas provas que inicialmente são consideradas ilícitas podem ser convalidadas para se tornarem lícitas e utilizáveis no processo penal. É uma exceção a regra, prevista na parte final do §1 do art. 157, ao dispor que não são consideradas provas ilícitas quando não se evidenciam nexo de causalidade entre as provas originariamente ilícitas e as descobertas posteriormente, e aduz que as provas subsequentes puderem ser mantidas por fonte independente, não haverá contaminação, e quando a descoberta das provas for inevitável pela polícia, sem a ilicitude, não há de que se falar em prova ilícita¹⁰².

Em resumo, temos os requisitos para a prova colhida pelo agente ser utilizada: a) a prova, em regra, deve ser lícita; b) se a prova for ilícita ou derivada da ilícita, será nula e excluída do processo; c) em caso de a prova derivada possa ser descoberta por fonte independente ou por descoberta inevitável, ela será convalidada, e poderá ser usada no processo¹⁰³.

¹⁰¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único I. 5. ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pg. 621.

¹⁰² Idem. Pg. 621-631.

¹⁰³ SOUZA, Marlon. *Crime organizado e infiltração policial*: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015. Pg. 104.

Em um contexto democrático do Estado de Direito, a ilicitude da prova e a sua inadmissibilidade são plenamente justificáveis, uma vez que não se pode autorizar o excesso na produção de leis e na aplicação, não podendo se buscar a verdade dos fatos a qualquer custo, com violação direitos e sem controle em nome da busca da justiça e da verdade real.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr.¹⁰⁴, traz importantes limitações constitucionais ao direito da prova, sendo elas: a) direito a intimidade; b) inviolabilidade do domicílio; c) inviolabilidade do sigilo da correspondência e das telecomunicações e d) inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Em resumo, de modo geral, a ilicitude ocorre por violação aos direitos à intimidade, à privacidade, à imagem e a honra que possuem formas expressas de proteção, especialmente as inviolabilidades pessoais¹⁰⁵.

3.1.2. Valor probatório das provas colhidas

Em regra, se entende que se o agente cumprir estritamente as disposições da autorização da infiltração policial, dificilmente haverá ilicitude e consequente nulidade de qualquer prova colhida.

Para tanto, o agente deve comunicar a autoridade policial e ser coordenado quais os passos que deve tomar para colher a prova, como a necessidade de autorizações judiciais ou da existência de vedação legal para colheita da prova.

Diante disso, temos três situações genéticas que podem ocorrer durante uma infiltração policial.

A primeira delas é uma infiltração policial devidamente autorizada, com limites legais estabelecidos e respeitando os requisitos da Lei n.º 12.850/2013, em que as provas foram colhidas pelo agente sem a prática de qualquer abuso, sendo assim a prova válida, não podendo ser tese de defesa a nulidade da infiltração¹⁰⁶.

¹⁰⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal* / Aury Lopes Jr. São Paulo: Saraiva, 2014. Pg. 427.

¹⁰⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único I. 5. ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pg. 622.

¹⁰⁶ SOUZA, Marlon. *Crime organizado e infiltração policial*: parâmetros para a validação da prova colhida no

No segundo exemplo, seria uma infiltração policial não autorizada pelo juiz, em que nenhuma prova colhida terá validade, devendo os responsáveis responder pelos abusos e infrações cometidas na operação ilegal de infiltração¹⁰⁷.

E, podemos ter seria infiltração autorizada indevidamente, por não preencher algum dos requisitos da Lei, ou por não se tratar de crimes cometidos no âmbito de organização criminosa, ou por o agente ter cometido abusos durante a colheita das provas, se dando a decretação da nulidade de provas advindas da infiltração, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, e o consequente desentranhamento de tudo que for considerado ilícito e ilícito por derivação. Nesta hipótese, serão resguardadas as provas que possam ter fontes independentes ou descobertas inevitavelmente por outro meio¹⁰⁸.

Um exemplo de caso concreto da terceira situação seria se o agente furta documentos na sede da organização criminosa para comprovar crimes cometidos, ou viola correspondência de um dos acusados de modo a obter prova contra o mesmo. Sendo uma hipótese de invalidade da prova. Outra hipótese seria, mesmo numa infiltração policial autorizada, o agente infiltrado ao invés de agir como mero investigador, passa a instigar os acusados ao cometimento de outros crimes, passando ao papel de agente provocador, tendo como consequência a contaminação de qualquer prova colhida diante da ilicitude do flagrante provocado¹⁰⁹.

Todavia, podemos ter uma descoberta inevitável ou por fonte independente da prova contaminada, como por exemplo, o agente furtou correspondência bancária do acusado que comprovam movimentações financeiras suspeitas, mas essas provas também foram paralelamente achadas por outra equipe policial após pedido de quebra de sigilo bancário do acusado. Ou seja, a descoberta da prova seria inevitável, e, portanto, a conduta do agente em nada influencia na utilização da prova, pois a mesma será convalidada.

combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015. Pg. 110.

¹⁰⁷ Idem.. Pg. 111.

¹⁰⁸ Idem. Pg. 111.

¹⁰⁹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 9.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Pg. 332.

Apesar das hipóteses de convalidação da prova tida como ilícita, existe um debate acerca da aceitação de provas ilícitas se as mesmas forem o único meio de comprovação da existência dos delitos praticados pela organização criminosa.

Nessa esteira, volta-se a falar da aplicação doutrinária do princípio da proporcionalidade.

3.1.3. Aplicação do princípio da proporcionalidade

Em regra, a vedação de utilizações de provas obtidas de maneiras ilícitas no processo pena, em razão do respeito à vedação constitucional e processual. Todavia, a aplicação do princípio da proporcionalidade no processo penal se discute em razão do aparente conflito entre princípios constitucionais em que se terá a restrição de um princípio em detrimento de outro. A maior parte da doutrina defende a inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade, ou defendem a utilização somente quando for ao interesse do réu.

Na defesa do aproveitamento de prova ilícita pela defesa, sustenta-se que se deve fazer uma leitura racional do dispositivo, de modo que não se pode fazer uma leitura literal do texto constitucional, sob pena de cometer injustos. Ora, imagina condenar um réu a prisão porque a única prova que comprova sua inocência é obtida de maneira ilícita. Seria um absurdo jurídico que vai de encontro com as próprias garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito¹¹⁰.

A vedação das provas ilícitas existe para que os direitos tutelados pela Constituição sejam respeitados e a possível violação deles tenha consequências. Isso faz com que os mesmos não sejam infringidos por quem deve respeitá-los, no caso, nos protege de abusos por parte do Estado. Entretanto, não se pode condenar alguém somente pela vedação das provas ilícitas quando se sabe que o mesmo não é o verdadeiro culpado, nesse sentido, Pacelli e Fischer trazem:

“Com tais considerações, poucas, mas suficientes, percebe-se o inevitável paradoxo que resultaria da inadmissibilidade de uma prova ilícita que demonstrasse a inocência de alguém, indevidamente acusado. Recusar-se-ia a prova com o objetivo de melhor tutelar o Direito (razão da norma constitucional), à custa, porém, da

¹¹⁰ SOUZA, Marlon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015. Pg. 115.

condenação de quem, pela qualidade de convencimento da prova, se julga inocente. Equação final: condenação do inocente para proteger direitos outros, como se o primeiro fosse inferior. Valeria aqui a objeção kantiana, segundo a qual “o homem é um fim em si mesmo, não podendo ser instrumentalizado a serviço do bemcomum”, não fosse a absoluta desnecessidade da aludida instrumentalização na hipótese de que se cuida, já que aberta a via para a condenação do verdadeiro culpado.

Então, por quaisquer razões que se entender de direito, seja ao nível de uma principiologia explícita, como a da ampla defesa, seja por considerações em níveis mais abstratos, como a do Estado Democrático de Direito, não há como recusar a prova ilícita em favor do acusado¹¹¹.”

Entende-se, em regra, que não se pode aplicar o princípio da proporcionalidade para se convalidar provas contra o réu, uma vez que se devem respeitar os princípios da presunção de inocência e da ampla defesa, não havendo o que se falar em amplitude de acusação, cujos parâmetros de atuação estarão sempre restritos as disposições legais¹¹².

Segundo Pacelli e Fischer, deve-se refutar qualquer tentativa de equiparação indevida para acusação, uma vez que não há igualdade material entre o Estado e o particular, não havendo paridade de armas, e por isso, seria indevida a interpretação extensiva para o órgão acusador do elencado acima¹¹³.

Porém, algumas situações podem por em dúvida se a prova colhida de maneira ilícita deve ou não ser convalidada em torno do risco levado a sociedade. Seria aqui novamente o interesse público sobre o privado. Seria, como defendido por Marlon Souza, utilizado em situações extremamente excepcional e de gravidade concreta, em razão de colisão de princípios imediatamente ligados. Neste sentido, sustenta:

“A vedação expressa e categórica na Constituição da República (art. 5º, inciso LVI) quanto à admissão processual de prova ilícita é mitigada quando analisada à luz do princípio da proporcionalidade, pelo qual caberá ao juiz, diante do caso concreto, ponderar os valores em jogo e verificar se é mesmo preferível a aplicação fria do princípio da vedação da utilização de provas obtidas por meios, em tese ilícitos, ou se há também outro princípio constitucional igualmente fundamental digno de proteção, indicador da necessidade de mitigação da nulidade presente para que se resguarde o bem jurídico afetado pela ação criminosa.

Frise-se que não se está falando aqui de combate puro e simples à impunidade, posto esta não ser princípio constitucional, mas sim da hipótese na qual ocorra um choque real e concreto de princípios constitucionais, um a favor do réu e outro que milita ao lado de outro direito igualmente fundamental.

¹¹¹ OLIVEIRA, Eugênio. FISCHER, Douglas.. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. Pg. 282.

¹¹² SOUZA, Marlon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015. Pg. 133.

¹¹³ OLIVEIRA, Eugênio. FISCHER, Douglas.. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. Pg. 282.

Dito isso, deve-se também destacar que, por força de construção doutrinária e jurisprudencial, em situações excepcionais, tem-se admitido a possibilidade de ingresso no processo penal da prova ilícita *pro societate*, inclusive a prova ilícita por derivação¹¹⁴.”

Em tese, o princípio da proporcionalidade na convalidação da prova ilícita seria admitido situações gravíssimas, cuja única alternativa é a validação da prova colhida na infiltração policial, sob pena de prejuízo ainda maior à ordem jurídico-constitucional, em razão do objeto jurídico que se busca proteger.

Não se pode justificar em qualquer caso a adoção desse princípio, pois deve-se fazer uma interpretação constitucional das normas, e respeitando, acima de tudo, em regra a vedação das provas ilícitas. O que se acredita é que o respeito irrestrito a vedação, em alguns casos, irá estimular a impunidade e causará danos concretos, ou piores, para a sociedade no futuro. Portanto, diante disso, seria justificável a flexibilização da utilização de provas ilícitas¹¹⁵.

A questão se complica aqui, pois como definir quais os direitos fundamentais merece ser suprimidos em razão de outro. É uma linha muito tênue, usando-se comumente a ponderação, à luz do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, entretanto, é uma previsão que pode ser muito falha e permitir abusos estatais.

Em seu livro, Marlon¹¹⁶, traz duas jurisprudências que orientam no sentido de acolher a limitação de um direito fundamental em razão do *pro societate*, a primeira trata-se do posicionamento do E. STF, em que a administração penitenciária poder proceder à interceptação de correspondência dos presos, respeitando o disposto no art. 41 da Lei nº 7.210/94, uma vez que a inviolabilidade do sigilo de correspondência não pode ser respeitado em detrimento da segurança da sociedade, pois as cartas são meios pelos quais os presos podem continuar cometendo e comandando práticas ilícitas¹¹⁷.

¹¹⁴ SOUZA, Marlon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015. Pg.134.

¹¹⁵ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 9.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Pg. 334.

¹¹⁶ SOUZA, Marlon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015. Pg.134.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 70.814-5/SP*. PRIMEIRA TURMA. Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 24/01/1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>>. Acesso em: 15 de junho. 2019

E também, já decidiu o STJ, em decisão inédita, a aplicação do princípio da proporcionalidade para reconhecer prova ilícita obtida através de escuta telefônica realizada em réu que se encontrava preso. Entendeu o Tribunal que o preso não teria como invocar direitos fundamentais de homem livre para justificar o trancamento da ação penal ou destruição da gravação feita pela polícia¹¹⁸.

Segundo Marlon, a prova ilícita com base no princípio da proporcionalidade pode ser empregada pro reo ou favor reo, uma vez que os direitos e garantias fundamentais não devem ser tratados de forma absoluta, em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, a exigir interpretação harmônica e em consonância com o princípio da concordância prática das liberdades constitucionais e dos direitos fundamentais¹¹⁹.

Não é objetivo de o presente trabalho fazer um aprofundamento doutrinário sobre o princípio da proporcionalidade e nem de provas. Mas sim, demonstrar que no caso concreto, poderia vir a ser aceita uma prova colhida pelo agente em infiltração policial que de início é considerada ilícita.

Segundo Roberto Avena, uma prova ilícita poderia ser usada em uma situação que o agente infiltrado cometeu violação a garantias fundamentais em razão da segurança do Estado. É nesse sentido, que sustenta:

“Imagine-se, por exemplo, a hipótese de que um agente policial, infiltrado em organização criminosa voltada ao tráfico de drogas (crime de mal coletivo), valendo-se da confiança nele depositada pelo líder da associação e do fato de ter acesso às dependências de sua residência em razão dessa confiança, venha a conseguir registrar, a partir de equipamento eletrônico clandestinamente acoplado em dita casa, a prova capaz de comprovar seu envolvimento na prática de crimes. Ora, não há dúvidas de que, considerada a letra fria do texto constitucional, essa prova importaria em violação à intimidade e no consequente afrontamento da regra inscrita no art. 5.º, X, da CF, pouco importando se há ou não há a ordem judicial prevista no art. 10, caput, da Lei 12.850/2013 (que regulamenta os procedimentos de investigação do crime organizado), pois, afinal, a proteção constitucional à intimidade prevista no rotulado inciso X não é ressaltada pela possibilidade de autorização judicial, diferentemente do que ocorre com o sigilo das comunicações telefônicas (art. 5.º, XII, da CF). A despeito dessa ilicitude que se afigura, contrariando a posição jurisprudencial dominante, não vemos razão plausível para

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC no 3.982/RJ*, SEXTA TURMA, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, julgado em 26/02/1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500531615&dt_publicacao=26-02-1996&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 15 de jun. 2019.

¹¹⁹ SOUZA, Marlon. *Crime organizado e infiltração policial*: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015. Pg. 136.

que tal prova não possa ser usada visando à condenação do traficante, possibilitando sua segregação como forma de preservar o interesse público maior, qual seja o de evitar a disseminação do uso de drogas em decorrência das ações por ele perpetradas¹²⁰.”

O autor entende que o processo penal tem como objetivo a descoberta da verdade, e por isso, a vedação de prova ilícita deve ser regra, mas que quando estiver em jogo a necessidade de proteger a segurança da sociedade, também prevista no art. 5º, caput, da Constituição Federal, a prova ilícita deve ser admitida para evitar a impunidade de criminosos.

A posição do autor é uma posição doutrinária extravagante e pequena. Os nossos Tribunais, e nossos doutrinadores, em sua maioria adotam uma posição extremamente garantista no tocante a utilização de provas ilícitas pelo em razão do *pro societate*.

Em razão de excesso de atuação do agente infiltrado se transformando em agente provocador, não irá se aplicar o princípio da proporcionalidade. Pois as provas colhidas serão nulas, uma vez que foram instigadas, caindo sobre a égide de crime impossível, consoante súmula 145 do STF.

Portanto, em um Estado Democrático de Direito sob a égide garantista, não se deve haver uma grande flexibilização da vedação das provas ilícitas, devendo as colhidas pelo agente infiltrado não serem validadas se estiverem viciadas.

3.2. A infiltração policial e provas colhidas à luz da Constituição Federal

A infiltração do agente policial deverá sempre ser interpretada à luz da Constituição Federal. Isso quer dizer que a Lei n.º 12.850/2013, somente deverá ser aplicada se não for ferir os direitos fundamentais previstos constitucionalmente. É uma lógica garantista aplicada ao direito penal e processual penal.

Não há incompatibilidade entre o garantismo e a intervenção penal, quando se puder justificar a condenação do réu em estrita observância do devido processo penal constitucional.

¹²⁰ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 9.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Pg. 333

Para tanto, segundo Pacelli¹²¹, deve-se sempre ter em mente que, por mais graves que sejam os crimes praticados, jamais deve o Estado, durante a persecução penal, se valer de meios abusivos na tentativa de elucidação de fatos e apuração de responsabilidades. Isso porque o Estado Democrático de Direito é pautado pelo primado do respeito à Constituição, às leis, bem como ao dever de garantia incessante dos direitos e das garantias fundamentais do indivíduo.

Alguns autores usam do chamado princípio da verdade real, para argumentar em razão de que a gravidade do crime seria suficiente para permitir uma busca mais ampla e mais intensa da verdade, com consequente flexibilização de direitos constitucionais processuais. Todavia, essa argumentação permite que abusos sejam cometidos pelo Estado, e, dessa forma, seja incompatível com o sistema garantista instituído no art. 5º da Constituição Federal.

O autor Pacelli, é extremamente crítico a essa busca da verdade real, segundo ele:

“A busca da verdade real, durante muito tempo, comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade. Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal.

Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal do processo penal. O aludido princípio, batizado como da verdade real, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação).

Dissemos autorizava, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a par conditio (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e de atuação, do juiz, impedem-no. Desde logo, porém, um necessário esclarecimento: toda verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica¹²².”

Portanto, diante do advento da Constituição Federal, não há, segundo o autor, do que se falar em verdade real, uma vez que a busca da mesma nos leva a um processo penal antigo e

¹²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Pg. 170

¹²² Idem. Pg. 177

inquisitório que legitimou inúmeros abusos por parte do Estado com inúmeras técnicas de intimação da defesa e de obtenção de confissões.

O atual modelo garantista do processo penal brasileiro deve respeitar a verdade material, pois continua sendo um princípio processual relevantíssimo em tema de prova, sobretudo quando manejado para a exclusão de determinados meios de prova¹²³.

3.3. Responsabilidade penal do agente infiltrado

Em um ultimo ponto a ser levantado, voltamos à questão da prática de infrações penais pelo agente que integra a organização criminosa com fim de colher provas e outras informações. Na infiltração, o agente, devendo conquistar a confiança dos membros da organização criminosa pode necessitar de praticar algum crime.

Superando-se a discussão ética acerca da questão, uma vez que a mesma é interminável, como já levantado anteriormente. A Lei n.º 12.850/2013 previu em seu art. 13 que não seria punível a conduta de agente infiltrado que praticasse algum delito no curso da investigação, quando inexigível a conduta diversa.

Salienta Marlon¹²⁴, que não há do que se falar da possibilidade de o agente infiltrado responder por integrar a organização criminosa, uma vez que sua participação é autorizada por decisão judicial. Portanto, ainda que alguns autores entendam que a integração fere o princípio da moralidade administrativa, e por si só, já constitui infração penal, não há do que se falar em responsabilização do agente infiltrado quando o mesmo está em operação autorizada.

No tocante aos demais crimes que possam ser eventualmente praticados pelo agente infiltrado, a apuração de eventual prática de crime punível será regido pela proporcionalidade, conforme previsão do art. 13, “caput”, da Lei n.º 12.850/2013.

O art. 13, parágrafo único, da Lei n.º 12.850/2013, previu como excludente de culpabilidade da conduta do agente a “inexigibilidade de conduta diversa”. A inexigibilidade

¹²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Pg. 178.

¹²⁴ SOUZA, Marlon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015. Pg. 120.

de conduta diversa é considerada causa supralegal de exclusão da culpabilidade, demonstrando não haver censura ou reprovação social ao autor do injusto penal (fato típico e antijurídico), porque se compreende estar ele envolvido por circunstâncias especiais e raras, evidenciando não lhe ter sido possível adotar conduta diversa.

A inexigibilidade é tratada diante da proporcionalidade prevista na Lei. Todavia, essa proporcionalidade um conceito bastante vago, uma falha do legislador que parece dar um cheque em branco ao agente infiltrado.

Nesse sentido, ainda que não exista previsão legal sobre o que deve ser essa proporcionalidade, Pacelli sustenta que:

“Destarte, os parâmetros de atuação do agente infiltrado estarão sempre descritos na autorização judicial para o uso da medida de infiltração, devendo o agente, a todo momento, ter em mente que o possível cometimento de delitos somente se dará nos casos imprescindíveis à preservação de sua identidade, sua integridade física, bem como para garantir o sucesso da medida, sempre se balizando nas seguintes máximas, já exploradas na Seção 4.3.2: (a) ação deve ser fundamental para manutenção da falsa identidade do policial infiltrado; (b) para evitar a morte ou grave lesão; ou (c) o “crime” cometido pelo agente não pode envolver lesão ou grave ameaça à pessoa, salvo no caso da letra “a”. Desta forma, com a ressalva feita no início desta seção quanto ao descontentamento da previsão legal, estas são as únicas hipóteses autorizadoras do uso da proporcionalidade pelo agente infiltrado, no desenrolar de seu trabalho, quando a situação exija a ponderação de direitos fundamentais em aparente conflito¹²⁵.”

Em um exemplo, seria o agente se infiltra em organização criminosa voltada a delitos financeiros; não há cabimento em matar alguém somente para provar lealdade a um líder. Por outro lado, é perfeitamente admissível que o agente promova uma falsificação documental para auxiliar o grupo a incrementar um delito financeiro. Poderá então, o agente invocar a inexigibilidade de conduta diversa, pois era a única atitude viável diante das circunstâncias.

Entretanto, é importante questionar, por exemplo, se seria proporcional praticar um homicídio para investigar outro. A referência à proporcionalidade, portanto, é insuficiente para elucidar a responsabilidade do agente infiltrado.

O que o legislador fez, ao trazer uma exclusão da culpabilidade do agente com a questão da inexigibilidade de conduta diversa foi igualar, genericamente, todas as inúmeras

¹²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Pg. 282

possibilidades de delitos praticados pelo agente, sob a égide de um princípio da proporcionalidade bastante vago, tratando-se de um grande equívoco.

Uma regra geral de exclusão interpretada literalmente subverte o regramento da parte geral e claramente pode dar margem a resultados injustos. Portanto, segundo o que se depreende da melhor doutrina, a questão é delicada e deve ser analisada com bastante cautela. Não se pode banalizar o instituto e permitir que qualquer crime praticado pelo agente infiltrado seja considerado excludente¹²⁶.

Corroborando esse pensamento, Nucci traz em sua obra:

“Ilustrando, o agente se infiltra na organização criminosa voltada a delitos financeiros; não há cabimento em matar alguém somente para provar a um líder. Por outro lado, é perfeitamente admissível que o agente promova falsificação documental para auxiliar o grupo a incrementar um delito financeiro¹²⁷.”

Certamente, há pontos duvidosos não foram resolvidos pela nova legislação, apesar do intento do legislador foi de oferecer ao agente policial alguma garantia contra eventual responsabilização, dando-lhe segurança em sua atuação, a previsão foi muito geral, não resolvendo o problema em si.

Portanto, deve-se haver uma avaliação no caso em concreto, se o agente guardou ou não a devida proporcionalidade e se era mesmo inexigível a adoção de outra conduta que não fosse o cometimento do delito. Se deve sempre ter em mente que, por mais graves que sejam os crimes praticados, jamais deve o Estado, durante a persecução penal, se valer de meios abusivos na tentativa de elucidação de fatos e apuração de responsabilidades. Desta forma, se conclui que a análise dos excessos dependerá sempre do caso concreto.

Em uma entrevista com um policial federal, realizada pelos autores Cunha e Costa, o mesmo menciona a importância da atuação de seus superiores para que a devida proporcionalidade seja sempre guardada:

“Neste sentido, em entrevista com um policial federal, ele afirma que a proporcionalidade também se dá pelo fato de que os agentes devem sempre, deixar

¹²⁶ SOUZA, Marlon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015.pg. 144.

¹²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa* . 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pg. 92.

seus superiores hierárquicos cientes de todos os atos do agente infiltrado, inclusive dos atos que ele pratica para conquistar a confiança da organização criminosa a que se pretende dismantelar, pois o agente emite relatórios periódicos ou sempre que solicitado. A operação de infiltração de agentes é delicada e necessita de apoio dos superiores imediatos daquele agente para que a ação seja um sucesso. Assim, percebe-se que outros profissionais que não estão atuando diretamente em campo na atividade infiltrada, mas dão apoio à operação ajudando o agente infiltrado a manter a devida proporcionalidade com a investigação para a qual está infiltrado.¹²⁸”

Desta forma, se conclui que a conduta excessiva de agente infiltrado deverá ser penalizada, não podendo se abarcar sempre num conceito geral disposto pelo legislador no art. 13 da Lei das Organizações Criminosas, guardando-se a necessidade de olhar minucioso da autoridade judicial no caso concreto para verificar possíveis excessos puníveis pelo autor.

3.4. Análise jurisprudencial

Após todo exposto sobre a questão da infiltração criminal no seio das organizações criminosas para a colheita de prova, foi realizada uma breve pesquisa jurisprudencial, de modo a entender como nosso judiciário vem se comportando em relação ao instituto da infiltração, da figura do agente infiltrado e da prova colhida pelos mesmos.

Foi realizada a pesquisa no Superior Tribunal de Justiça, a partir do ano de 2014, após a entrada em vigor da Lei n.º 12.850/2013, a partir das palavras-chaves: infiltração policial; organização criminosa; nulidade de provas; provas ilícitas; agente infiltrado.

De certo se verificou três temas presentes em nossos tribunais que são interessantes demonstrar no presente trabalho: a) a nulidade da infiltração b) a infiltração policial e a investigação policial; c) flagrante preparado e infiltração policial.

3.4.1. Nulidade da infiltração de agentes

Primeiramente, cabe destacar o Recurso Especial nº 1.609.928 – RS que não foi conhecido pelo STJ. Tratava-se de um recurso do Ministério Público do Estado do Rio

¹²⁸ CUNHA E COSTA, Liliane Antunes e Luciano. *Agente infiltrado e sua responsabilidade penal no Brasil: Uma análise dos limites e poderes legais*. Revista Eletrônica de Direito da Faculdade Estácio do Pará – Belém, v. 4, n. 5, Jun. 2017. Disponível em: < <http://revistasfap.com/ojs3/index.php/direito/article/view/35/38>>. Acessado em 22 de jun de 2019.

Grande do Sul contra decisão de Apelação que determinou que a infiltração policial usada estava eivada de vícios.

Cuida-se, originalmente, de ação controlada com infiltração de agentes escuta ambiental autorizadas para investigar o tráfico de drogas. No bojo do processo, se verifica que houve um equívoco no tocante à utilização da infiltração policial prevista na Lei de Drogas e a da Lei de Organização Criminosa. Pois apesar de se tratar de investigação sobre tráfico de drogas, optou-se por se utilizar a infiltração policial da Lei n.º 12.850/2013.

Diante disso, entenderam todas as instâncias pela invalidade da infiltração, da ação controlada e da escuta ambiental. Primeiramente porque as infiltrações policiais e a escuta ambientais não estão previstas na lei das organizações criminosas, sendo institutos incompatíveis. Depois porque o instituto da infiltração policial somente poderá ser admitido quando se houver indícios suficientes da existência de organização criminosa, por se tratar de ultima ratio, o que não ocorreu no devido processo.

Conforme entendimento do Tribunal de origem, corroborado pelo i. Ministro Sebastião Reis Junior, *in verbis*:

“Diante disso se deve concluir que a autorização judicial concedida no presente processo penal remontava à Lei 12.850/13 e, como tal, exigia a prévia caracterização de uma organização criminosa em atividade; no caso, de uma associação organizada para fins de cometimento dos crimes relativos ao tráfico de entorpecentes (artigo 35 da Lei 11.343/06).

Nesse sentido, a referida lei determina, em seu artigo 10º, § 2º: *Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.*

Evidentemente, essa modalidade investigativa se justifica apenas de maneira excepcional, diante de informações relevantes cuja averiguação é impossível por outros meios.

Ademais, o devido processo constitucional pressupõe uma delimitação de quando é necessária a utilização da infiltração de agentes, qual a entidade do crime e da criminalidade, a verificação da suficiência de outra metodologia investigatória, o prazo da infiltração, os pressupostos de validade dos elementos de prova obtidos, os limites de atuação do agente, a idoneidade dos meios utilizados, a fundada suspeita delituosa e não meras intuições abstratas.

No entanto, o que se verificou no caso concreto foi a ausência de fundamentação suficiente na representação policial e na concessão judicial da medida. Inexistiam indicativos bastantes de que os investigados constituíssem organização criminosa. Na verdade, como ao fim se revelou, tratava-se de pessoas pobres, residentes em um beco absolutamente humilde, que sediava precários casebres e um cracódromo, onde os alvos eram em sua maioria consumidores de crack e eventualmente praticavam também a venda da substância, quicá envolvendo-se em outros delitos

que não eram objeto da investigação. A associação criminosa organizada resultou longe de ser provada¹²⁹.”

Portanto, o i. Ministro coaduna-se com o entendimento dado pelo Tribunal de origem, confirmando a tese de que a infiltração policial prevista na Lei n.º 12.850/2015, somente poderá ser utilizada como última medida adotada e exige graves indícios de existência de que há uma organização criminosa atuando. Não podendo ser, desta forma, invertida a ordem da colheita de provas, na qual seria autorizada uma infiltração para comprovar depois comprovar a existência da infiltração.

3.4.2. Infiltração policial x Investigação policial

Diante de nossa pesquisa, verificamos a existência da questão de estar ou não o policial utilizando-se da infiltração policial sem autorização para colheita de provas ou somente trata-se de colheita de provas realizada normalmente.

A jurisprudência selecionada tem entendido que o uso do termo de infiltração pode ser usado de maneira equivocada para dizer sobre agente que colhe provas em curso de investigação simples. Neste sentido, colaciona-se o julgado:

RECURSO ORDINÁRIO. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO DEMONSTRADA. TESE DE EXISTÊNCIA DE AGENTE INFILTRADO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. AGENTE POLICIAL A SERVIÇO DA FORÇA NACIONAL. COLETA DE INFORMAÇÕES EM MANIFESTAÇÕES POPULARES. LOCAL PÚBLICO. PROVA TESTEMUNHAL. LICITUDE.

1. O trancamento de ação penal pela via eleita é cabível apenas quando manifesta a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria, o que não é o caso dos presentes autos.

2. Do acórdão recorrido pode-se concluir que a situação descrita nos autos não trata de obtenção de prova produzida mediante a infiltração de agente policial, conforme previsto na Lei n. 12.850/2013, tendo a decisão impugnada deixado claro que o referido agente não atuou no intuito de investigar a suposta existência da organização criminosa em questão, tampouco se fez passar por um dos seus membros para o fim de com eles interagir, mas, sim, no exercício da função para a qual foi legitimamente designado, agente de inteligência da Força Nacional, coletou

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESp nº 1.609.928/RS*, SEXTA TURMA, Rel. Ministro SEBASTIAO REIS JÚNIOR, julgado em 07/08/2017 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=75042335&num_registro=201601700727&data=20170809>. Acesso em 20 de jun. de 2019.

informações sem nenhuma vinculação a uma organização criminosa específica e, nessa condição, prestou seu depoimento nos autos da ação penal.

3. Ultrapassar as conclusões do acórdão recorrido e acolher a tese da defesa de que a atuação da testemunha Maurício teria sido de um agente policial infiltrado, demandaria ampla incursão no contexto fático-probatório dos autos, o que não é compatível com a via estreita do habeas corpus, de cognição sumária. 4. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 57.023/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, SEXTA TURMA, julgado em 08/08/2017)¹³⁰.

O caso se tratava de recurso ordinário com fim de trancar a ação penal, sob a alegação de ilicitude da prova consistente no depoimento do agente policial do agente policial Maurício Alves da Silva, que estaria ilicitamente infiltrado, tendo em vista a inexistência de autorização, nos termos previstos na Lei n.º 12.850/2013.

Na ocasião, entendeu a i. Ministro Sebastião Reis Júnior que:

“Com efeito, da narrativa do acórdão pode-se concluir que não se trata de obtenção de prova produzida mediante a infiltração de agente policial, conforme previsto na Lei n. 12.850/2013, tendo a decisão impugnada deixado claro que o referido agente não atuou com o intuito de investigar a suposta existência da organização criminosa em questão, tampouco se fez passar por um dos seus membros para o fim de com eles interagir, mas, sim, no exercício da função para a qual foi legitimamente designado, agente de inteligência da Força Nacional, coletou informações sem nenhuma vinculação a uma organização criminosa específica e, nessa condição, prestou seu depoimento nos autos da ação penal, que se busca trancar com o presente recurso¹³¹.”

Apesar do entendimento do STJ, o caso chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio do Habeas Corpus impetrado pela Ordem de Advogados do Brasil – OAB, e sob julgamento do Ministro Relator Gilmar Mendes, foi decidido acatar o HC, negado em instâncias superiores e anular a sentença que condenava Eloisa Sammy por entender que houve ilegalidade da infiltração policial, determinando o desentranhamento das provas obtidas a partir do depoimento do agente infiltrado.

O ministro observou que o policial não precisava de autorização judicial para, nas ruas, colher dados destinados a orientar o plano de segurança para a Copa do Mundo. No entanto, no curso dessa atividade, infiltrou-se no grupo do qual supostamente fazia parte a condenada e, assim, procedeu a investigação criminal para a qual a Lei 12.850/2013 exige autorização judicial.

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 57.023/RJ*. SEXTA TURMA, Rel. Ministro SEBASTIAO REIS JÚNIOR, julgado em 08/08/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1590074&num_registro=201500405136&data=20170816&formato=PDF>. Acessado em 23 de jun. de 2019.

¹³¹ Idem.

Segundo o relator, a infiltração ficou demonstrada ainda diante do ingresso do policial militar em grupo no aplicativo Telegram em que estavam os investigados para comunicação e de sua participação em reuniões do grupo com a finalidade de realizar a investigação.

Em sua fundamentação, o Ministro Relator Gilmar Mendes concluiu:

“Dos trechos anteriormente transcritos, percebeu-se que ambas as decisões, tanto do TJRJ como do STJ, partiram da premissa de que a atuação do policial militar deu-se como agente de inteligência porque “não atuou no intuito de investigar a suposta existência da organização criminosa em questão, tampouco se fez passar por um dos seus membros para o fim de com eles interagir”, já que “inexistiu o ingresso do agente no meio organizacional composto pelos réus, assim como não ocorreu simulação de que o policial fosse membro de facção voltada à prática de delitos”.

Entretanto, a partir do até aqui exposto, fragilizam-se completamente as premissas e, conseqüentemente, a caracterização da atuação do policial militar como agente de inteligência.

Portanto, a partir do momento em que passou a obter a confiança de membros de um grupo específico e a obter elementos probatórios com relação a fatos criminosos concretos, o agente caracteriza-se como infiltrado, e isso pressupõe a autorização judicial, que deveria ter sido requerida aos órgãos competentes.

Desse modo, as informações obtidas não podem ser destinadas à persecução penal, pois isso demandaria prévia autorização judicial, mas somente ser utilizadas com fins preventivos em atos de inteligência¹³².”

Portanto, nesse sentido, entendeu-se que é necessário a autorização judicial, e que a conduta do agente que determinou a ilegalidade da investigação, uma vez que passou a agir como agente infiltrado e não como mera agente para colheita de dados.

Salienta-se que ainda que suscitado em seu voto a diferença entre agente policial e agente de inteligência, não foi considerada a ilegalidade pelo agente que tentou a infiltração ser de inteligência, o que é vedado pela Lei n.º 12.850/2013.

3.4.3. Prova provocada pelo agente infiltrado

Por fim, foi selecionado o julgado que demonstra o entendimento acerca da investigação do agente por meio de aplicativo de mensagens, desconsiderando que a mesma se tratou de um flagrante provocado.

¹³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC 147.837/RJ*. SEGUNDA TURMA. Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 22/02/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312769089&ext=.pdf>>. Acessado em 23 de jun. de 2019.

Trata-se do Agravo em Recurso Especial n.º 1.039.417 - RS (2017/0005274-7), em que o i. Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz, entendeu que a alegação da defesa de flagrante provocado por agente infiltrado em aplicativo de mensagens não merecia prosperar:

“Não existe na moldura fática do aresto nenhum sinal de crime provocado, de indução das condutas ilícitas. Não há flagrante preparado quando agente infiltrado, devidamente autorizado, utiliza a identificação de um usuário da internet para ter acesso à comunidades virtuais fechadas e, nesse contexto, colhe provas de delitos relacionados a material de pedofilia.

A teor do acórdão, o conjuntado probatório evidenciou que a atuação dos policiais limitou-se à identificação "dos demais usuários do grupo"; sem "necessidade de troca de emails ou conversas".

Os agentes não solicitaram, de forma "explícita ou implícita", imagens de pornografia infantil, "evitando-se incitação ao cometimento do crime" (fl. 1.655).

Assim, não há lastro algum para a tese, deduzida no recurso especial, de que a polícia interferiu no curso natural do crime, razão pela qual não é possível acolher a assertiva de flagrante preparado.

A infiltração foi direcionada à obtenção dos IP's (e não de arquivos) e os agentes tinham autorização judicial para "de aceitar convites" (fl. 1.658). Em nenhum momento se "chegou a trabalhar imagens" e a pretensão persecutória intentou "fatos delituosos anteriores à infiltração" (fl. 1.656, grifei).

Constou do acórdão que "o perfil utilizado pelo agente policial [...], em nenhum momento, fez qualquer solicitação aos demais usuários, ainda que implícita, para receber imagens de pornografia infantil"; "o perfil do réu já figurava como contato" e "todo o conteúdo do material armazenado na pasta do perfil utilizado pelo investigador já era de conhecimento do grupo", uma vez que ele "tomou o lugar de um usuário já conhecido da restrita rede, apropriando-se dos arquivos deste perfil, não os alimentado com novas imagens" (fl. 1.659)¹³³.

Para tanto, fica esclarecido que para se considerar um agente provocador a busca de um flagrante provocado o agente infiltrado deve agir com uma postura que induz o acusado a prática de crimes.

Portanto, o entendimento de nosso tribunal coaduna-se com o da doutrina no que se refere à diferenciação de um agente provocador e de um agente infiltrado.

Na prática, o agente deve sempre guardar a devida esperteza e parcialidade em suas atitudes, de modo a não vir cometer nenhuma atitude que ultrapasse a linha de mero investigador para uma postura provocativa do acusado. Pois, caso isso aconteça coloca em risco a anulação de toda operação de infiltração.

¹³³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *AGRESp n.º 1.039.417/RS*. TERCEIRA TURMA. Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 30/04/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=95061580&num_registro=201700052747&data=20190502>. Acessado em 23 de jun. 2019.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo central a análise os limites da aplicação da técnica da infiltração policial à luz do Direito Processual Penal brasileiro e do Direito Constitucional e seus princípios.

Nesse contexto, buscando as origens e o conceito de organização criminosa, verificamos que existe uma enorme dificuldade em de conceituação e delimitação do que é e de quando surgiu uma organização criminosa pela doutrina. Examinou-se primeiramente, os antecedentes históricos das organizações criminosas bem como seus conceitos e características.

Neste ponto, conclui-se que a complexidade das organizações criminosas, as quais buscam sofisticar suas formas de atuação constantemente fizeram com que o Estado tivesse necessidade de adotar mecanismos especiais para combatê-las. Diante disso, se verificou que os meios de provas tradicionais utilizados pelo Estado não eram eficazes e por isso evidenciou-se a necessidade de o Estado se valer de meios de prova mais contundentes e eficazes.

Pela necessidade de uma resposta jurídica a criminalidade organizada, analisando a evolução do tratamento jurídico dado pela legislação brasileira à questão das organizações criminosas chegou-se ao advento da Lei n.º 12.850/2013, que trouxe além de outras técnicas, a infiltração policial como meio de prova extraordinário a ser usada no combate a criminalidade organizada.

A infiltração policial foi estudada minuciosamente no segundo momento, no qual se tratou de explicar quais os requisitos para a autorização dessa medida que traz tantos embates doutrinários, principalmente falando acerca da figura do agente infiltrado, seu conceito, seus direitos e deveres, buscando entender a complexidade da figura utilizada por nosso ordenamento jurídico perante a Constituição.

Verificou-se que alguns doutrinadores não aceitam a infiltração policial como um meio digno a ser utilizado pelo Estado, pois fere princípios constitucionais e éticos ao permitir que

o agente policial atue no seio de organizações criminosas, conseqüentemente, praticando crimes e colocando a sua segurança em risco. Todavia, outros doutrinadores defendem que a segurança jurídica de todos deve ser protegida, desta forma, o interesse público se sobrepõe ao privado, autorizando a utilização da técnica ainda que ela restrinja direitos do acusado e seja uma técnica de alto risco para o agente infiltrado.

O debate acerca do agente provocador e do agente infiltrado foi suscitado no trabalho, de modo a trazer o entendimento doutrinário que o agente infiltrado nada tem haver com o provocador se sempre guardar a devida proporção do que lhe foi autorizado a fazer, não induzindo os acusados a prática de crimes. Portanto, deve sempre se abster a coletar as provas e não induzi-las.

A figura do agente infiltrado é considerada para alguns como uma figura violadora dos princípios do contraditório, ampla defesa e do direito do silêncio ao acusado. A questão vem sendo tratada com a ponderação de detrimento de um direito em relação ao outro, tendo sido respeitado mais os direitos do agente e da segurança pública, do que o direito do acusado. Ou seja, de uma lógica garantista e constitucional, não há respeito aos direitos do acusado, sob a desculpa de ser um interesse público se sobrepondo por um privado.

Por fim, no terceiro momento, se debateu acerca dos limites que a figura do agente infiltrado tem no momento da obtenção da prova durante toda infiltração. Neste momento, a proporcionalidade torna-se o princípio determinador de todas as atuações do agente, seja para validar as provas colhidas por ele ou para determinar a sua responsabilização por excessos cometidos na prática de infrações penais.

A infiltração policial é defendida por muitos doutrinadores, ainda que se trate de um meio de investigação polêmico e restritivo de direitos e princípios, pois, para eles deve ser utilizado em nome da efetividade do exercício de proteção do Estado ao cidadão, em detrimento de alguns direitos do acusado.

Com base em toda doutrina estudada, trouxe questões problemáticas acerca do princípio da proporcionalidade, pois, a opção do legislador de colocar o princípio de forma genérica, sem fazer uma determinação exata do que seria, deixando o conceito vago e amplo,

fez com que a legislação possua uma lacuna e dê insegurança tanto ao agente, quanto a sociedade e ao acusado.

Na questão dos limites do agente infiltrado ao buscar provas, verifica-se que ele deve ao máximo seguir todas as determinações da autorização judicial, devendo guardar respeito à Constituição e ao Código de Processo Penal, não cometendo abusos que podem tornar as provas obtidas ilícitas.

Abordou-se um debate sobre se seriam aceitas as provas colhidas de maneira ilícita no âmbito da infiltração, e, diante de um debate doutrinário, verificou-se que a maior parte da doutrina admite que essa questão somente possa ocorrer em casos muito excepcionais a serem analisados em cada caso concreto.

Em relação ao cometimento de infrações penais pelo agente infiltrado, a proporcionalidade também deverá ser guardada de modo a evitar excessos. Todavia, o conceito de proporcionalidade muito aberto dado pelo legislador traz insegurança, pois não determina a posição exata que o agente deve seguir. Diante disso, há a defesa de que ocorra uma regulamentação explicitando quais práticas seriam aceitas o agente cometer.

Em uma breve análise jurisprudencial, suscitou-se o comportamento do Superior Tribunal de Justiça no tocante a três questões que à lei das organizações criminosas trouxe, trazendo também um entendimento do Supremo Tribunal Federal que divergiu do Superior Tribunal de Justiça.

Com base nessa pesquisa, se pode verificar que nossos tribunais estão exigindo a *ultima ratio* da infiltração policial, bem como a necessidade de autorização para a mesma ser realizada, já que é uma medida excepcional que coloca o agente em risco e suprime direitos dos acusados. A jurisprudência também guarda que a figura do agente infiltrado, aja com limites, não podendo induzir os acusados à prática de crimes, sob pena de se tornar um flagrante provocado e por isso, nulo.

Assim, concluímos que se torna plausível compreender a infiltração policial, com base no princípio da proporcionalidade, na Constituição e nas legislações infraconstitucionais, como um instrumento adequado, necessário e, sobretudo, necessário no

aprofundamento das investigações e consequente desmantelamento das organizações criminosas. Porém, essa proporcionalidade deverá ser sempre analisada minuciosamente em cada caso concreto, à luz da Constituição e do Código de Processo Penal, de modo a evitar abusos por parte do Estado e seu agente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 9.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa – lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 20 de jun. de 2019.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acessado em: 30 de maio de 2019.

_____. Lei n.º 9.807/1999, de 13 de julho de 1999. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 de julho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm>. Acessado em: 20 de jun. de 2019.

_____. Lei n.º 9034/1995, de 3 de maio de 1995. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 4 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm>. Acesso em: 12 de jun. 2019.

_____. Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 12 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10217.htm> Acesso em: 12 de jun. 2019.

_____. Lei nº 12.694/2012, de 24 de julho de 2012. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 27 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm>. Acesso em: 23 de jun. de 2019.

_____. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 2004. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)>. Acesso em: 23 de jun. de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 70.814-5/SP. PRIMEIRA TURMA. Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 24/01/1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>>. Acesso em: 15 de junho. 2019

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC no 3.982/RJ*, SEXTA TURMA, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, julgado em 26/02/1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500531615&dt_publicacao=26-02-1996&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 15 de jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 57.023/RJ*. SEXTA TURMA, Rel. Ministro SEBASTIAO REIS JÚNIOR, julgado em 08/08/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1590074&num_registro=201500405136&data=20170816&formato=PDF>. Acessado em 23 de jun. de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RESp nº 1.609.928/RS*, SEXTA TURMA, Rel. Ministro SEBASTIAO REIS JÚNIOR, julgado em 07/08/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=75042335&num_registro=201601700727&data=20170809>. Acesso em 20 de jun. de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 147.837/RJ*. SEGUNDA TURMA. Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 22/02/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312769089&ext=.pdf>>. Acessado em 23 de jun. de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AGRESp nº 1.039.417/RS*. TERCEIRA TURMA. Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 30/04/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=95061580&num_registro=201700052747&data=20190502>. Acessado em 23 de jun. 2019.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

CUNHA E COSTA, Liliane Antunes e Luciano. *Agente infiltrado e sua responsabilidade penal no Brasil: Uma análise dos limites e poderes legais*. Revista Eletrônica de Direito da Faculdade Estácio do Pará – Belém, v. 4, n. 5, Jun. 2017. Disponível em: <<http://revistasfap.com/ojs3/index.php/direito/article/view/35/38>>. Acessado em 22 de jun. de 2019.

FERNANDES, Welington Henriques. *Considerações acerca da possibilidade da infiltração policial como meio de prova ante a criminalidade organizada*. Conteúdo Jurídico, Brasília, DF: 26 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42188&seo=1>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

JORGE, Gerson Mendes. *A infiltração Policial no Seio das Organizações Criminosas*. 2018. 78 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2ª edição. Salvador: Editoria JusPodivim, 2014.

_____, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivim, 2016.

_____, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único I*. 5. ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivim, 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Priscila Maria Alcântara. *Infiltração Policial em Organizações Criminosas*. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba. 2010.

MACHADO, Luís Henrique. *Os Limites para Uso de Agentes Infiltrados nas Investigações*. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/reflexoes-sobre-o-agente-infiltrado-09062016>>. Acessado em: 01/06/2019

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado – Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução pena*. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Eugênio. FISCHER, Douglas.. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência*. In Limites Constitucionais da Investigação. Luiz Flávio Gomes, Pedro Taques, Rogério Sanches Cunha (coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SOUZA, Marlon. *Organização Criminosa e Infiltração Policial*: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo, Atlas, 2015.

VELLOSO, Renato Ribeiro. *O crime Organizado*. 2004. <disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI7990,11049-O+crime+organizado>>. Acessado em 30 de maio de 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Crime Organizado: uma categorização frustrada*. In: Discursos sediciosos, a. 1, v. 1, Rio de Janeiro 1996.